

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

DE L'HYPOTHÈQUE établie sur une hypothèque

Étude sur le sous-ordre et la subrogation
à l'hypothèque

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

A. SURBÉZY

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

JURY	MM. BECQUÉ, professeur, président.	
	GUENOUN, professeur.	<i>Assesseurs</i>
	DIJOL, professeur.	

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555202_0095

DE L'HYPOTHEQUE ETABLIE SUR UNE HYPOTHEQUE

ETUDE SUR LE SOUS-ORDRE ET LA SUBROGATION A L'HYPOTHEQUE

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

DE L'HYPOTHÈQUE

établie sur une hypothèque

Étude sur le sous-ordre et la subrogation
à l'hypothèque

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

A. SURBÉZY

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

JURY MM. BECQUÉ, professeur, président.
 GUENOUN, professeur.
 DIJOL, professeur. Assesseurs.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International
Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, Professeur de Droit Commercial.

ANTONELLI, Professeur d'Economie politique.

TISSET, agrégé d'Histoire du Droit.

DELBEZ, agrégé de Droit public.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

LEMERCIER, chargé de cours de Droit romain.

VALÉRY, Doyen honoraire, Correspondant de l'Institut.

DONAT, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.



JURY

MM. BECQUE, Professeur, *Président.*

GUENOUN, Professeur | *Assesseurs*

DIJOL, professeur.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DES MIENS

A MES PARENTS

A MES AMIS

A MES MAÎTRES

INTRODUCTION

“Οὐ τὰ πρᾶγμα τὰ πρὸς τοὺς νόμους,
ἀλλ’ οἱ νόμοι πρὸς τὰ πρᾶγματα τιθενται”

*Les affaires ne sont pas faites en vue
des lois, mais les lois en vue des affaires.*

THEOPHRASTE.

Cet aphorisme de Théophraste est loin d'avoir perdu de son actualité ; de nos jours encore, le législateur doit se soumettre aux exigences du monde des affaires.

Le progrès scientifique, le développement du machinisme et des moyens de communication, en facilitant les échanges, ont accru les possibilités et l'importance des tractations et, par-là même, les besoins de crédit de chaque individu. Dans une opération où intervient l'idée de crédit, le débiteur, en échange d'une prestation présente, promet d'exécuter, dans un délai qui constitue le terme, une contre-prestation réalisant l'équilibre du contrat synallagmatique ; mais, le plus souvent, le créancier ne se contentera pas d'une simple promesse, il exigera des garanties et c'est à l'efficiencie présumée des sûretés offertes que sera, en définitive, subordonnée la réalisation de la tractation pro-

jetée. Ces sûretés peuvent être soit personnelles, soit réelles. Elles seront personnelles, lorsqu'un ou plusieurs individus se porteront garants ou s'engageront au paiement de la dette (caution, débiteurs solidaires), leurs patrimoines deviendront alors le gage du créancier et garantiront le recouvrement de sa créance ; elles seront réelles, lorsque le créancier obtiendra, sur certains éléments du patrimoine de son débiteur, des droits spéciaux qui lui permettront d'être payé, par préférence à tout autre créancier, sur le prix de vente des biens spécialement affectés à la garantie de sa créance. Ce résultat peut être atteint par divers procédés qui peuvent être rattachés à deux modes principaux : le nantissement et l'hypothèque. Le nantissement entraîne le dessaisissement immédiat du débiteur dont la chose est remise au créancier à titre de gage ; par la convention d'hypothèque, le bien du débiteur, garantissant la créance, reste à sa disposition ; à l'échéance seulement, le créancier pourra le saisir pour le faire vendre et être désintéressé sur le montant de son prix.

Le Code Civil a admis, en principe, que le nantissement ne pouvait être établi que sur des meubles, tandis que l'hypothèque ne pouvait porter que sur des immeubles (1). Cette règle ne pouvait pas être appliquée dans son intégralité. Le débiteur ne pouvant se dessaisir de certains meubles sans paralyser totalement son activité économique, il était indispensable, pour ne point le priver de tout crédit, que le législateur, dérogeant aux dispositions de l'article 2119 du Code Civil, reconnût que ces meubles étaient susceptibles d'hypothèque. C'est ainsi que sont nées l'hypothèque maritime (2), l'hypothèque fluviale (3) et l'hypothèque des

(1) L'antichrèse est originairement la mise en gage des « revenus » d'un immeuble dont l'exploitation est remise au créancier. Par la suite, la jurisprudence a reconnu à l'antichrèse, les caractères d'un véritable nantissement immobilier.

(2) Loi du 10 décembre 1874, modifiée par celle du 10 juillet 1885.

(3) Loi du 5 juillet 1917

aéronefs (4). En outre, le législateur contemporain, pour accroître encore les possibilités de crédit pour certains individus, a été amené à créer de nouvelles sûretés qui se différencient de l'hypothèque en ce qu'elles portent sur des éléments mobiliers du patrimoine du débiteur et qu'elles ne peuvent être établies que par une convention, mais qui se différencient encore davantage du nantissement, puisque le débiteur est maintenu en possession. La garantie, qui résultait du dessaisissement aux mains du créancier, est remplacée par une publicité reposant sur l'immatriculation de l'objet affecté à la garantie du créancier et qui permet de classer les différents bénéficiaires de la sûreté d'après l'ordre des dates. Ces sûretés ont reçu des appellations diverses, mais la doctrine reconnaît aujourd'hui qu'en réalité le nantissement des fonds de commerce, les warrants (agricoles, hôteliers et pétroliers) constituent, de par leur nature, de véritables hypothèques mobilières (5). Elles ont été rendues nécessaires par le fait que le débiteur ne pouvait cesser d'avoir à sa disposition des biens dont la gestion constituait une source de revenus et de bénéfices nécessaires à l'extinction de la dette (warrants hôteliers, nantissement de fonds de commerce), alors que le créancier était le plus souvent dans l'impossibilité d'en accepter le transfert matériel et ses conséquences : telles que la gestion ou la conservation de l'objet affecté à la garantie de sa créance. La tradition au créancier nanti étant impossible, il fallait, pour qu'une source de crédit fût ouverte aux propriétaires de ces biens, créer un droit de préférence assimilable à l'hypothèque (6).

(4) Loi du 31 mai 1924.

(5) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. XII, n° 6. D'autres auteurs emploient les termes de « gage sans dépossession » ; ils semblent oublier que le gage est caractérisé par la dépossession ; c'est précisément, parce que celle-ci n'était pas toujours possible, qu'est née en Droit Romain la convention d'hypothèque.

(6) Pour être complet en cette matière, nous citerons la loi du 29 décembre 1914, sur la vente à tempérament des voitures automobiles. Cette loi

Cette législation a été nécessitée par le besoin de chaque individu de pouvoir tirer crédit de tous les éléments de son patrimoine. Parmi ces éléments, les créances peuvent constituer un moyen de crédit d'autant plus important que leur recouvrement est plus sûrement garanti et, à ce titre, les créances hypothécaires doivent spécialement retenir notre attention.

Peut-on tirer crédit de la créance hypothécaire ?

On peut, sans doute, la donner en nantissement ; mais quand cette créance est indéterminée quant à son chiffre et incertaine quant à sa date d'exigibilité, le nantissement devient alors impossible (art. 2075 et 2076, C. Civ.). C'est ce qui se produit pour les créances de la femme mariée contre son mari. Ces créances restent indéterminées jusqu'à la dissolution du mariage ou à la liquidation de la communauté ; elles sont cependant garanties par l'hypothèque légale qui est, pour la femme, une sûreté d'une efficience certaine pour le recouvrement de ses créances.

Lorsque le créancier hypothécaire ne pourra pas donner sa créance en nantissement, pourra-t-il tout de même tirer crédit de l'hypothèque en garantissant le recouvrement ?

Telle est la question à laquelle nous nous proposons de répondre au cours de cet ouvrage.

Dans une première partie, nous verrons comment le créancier hypothécaire pouvait, en Droit Romain et dans notre Ancien Droit, tirer crédit de l'hypothèque elle-même. Nous nous demanderons ensuite par quelle convention on peut, de nos jours, arriver à ce résultat, pour étu-

crée au profit du vendeur un droit de gage sur le véhicule aliéné et en organise la publicité. Le législateur aurait atteint un résultat identique en instituant une publicité spéciale pour la conservation du privilège du vendeur de meubles, lorsque le meuble était une voiture automobile, mais il semble avoir ignoré l'existence de ce privilège et s'être cru contraint, pour accorder au vendeur une garantie effective, de créer une nouvelle hypothèque mobilière.

dier, dans une deuxième partie, la naissance et les effets que la pratique a attachés à cette convention et qu'ont fixés avec précision la jurisprudence et la doctrine. A la lumière de cette étude, nous essayerons, dans une troisième partie, de préciser la nature juridique de la convention qui permet au créancier hypothécaire de tirer crédit de son hypothèque.

PREMIERE PARTIE

**LES PRECEDENTS HISTORIQUES
DE L'HYPOTHEQUE
SUR UNE HYPOTHEQUE**

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

En Droit Romain, le gage et l'hypothèque pouvaient s'employer indifféremment à propos de mêmes objets : meubles ou immeubles. Les créances, notamment, étaient à la fois susceptibles de nantissement et d'hypothèque ; mais l'hypothèque pouvait porter : soit sur la créance, soit sur le droit d'hypothèque en garantissant le recouvrement. Le créancier, désirant tirer crédit de sa créance hypothécaire sans s'en dessaisir, avait donc à sa disposition deux procédés : le « *pignus nominis* » et le « *pignus pignoris* ».

Par le « *pignus pignoris* », le débiteur n'engageait que son droit d'hypothèque, mais, ce droit étant l'accessoire de sa créance, il en résultait une certaine indisponibilité de celle-ci ; si bien que les romanistes se sont demandés si le « *pignus pignoris* » n'emportait pas toujours « *pignus nominis* ». Dans ce cas, une seule différence distinguerait les deux institutions : dans le « *pignus pignoris* », la

créance engagée serait hypothécaire, tandis qu'elle serait chirographaire dans le « *pignus nominis* », l'action personnelle du créancier pourrait toujours être exercée par le bénéficiaire avec ou sans l'action hypothécaire. Telle n'est point cependant notre opinion. Nous croyons, au contraire, que le « *pignus pignoris* » constituait une institution particulière, très nettement différenciée ; c'est en étudiant la formation et les caractères de ces deux conventions que nous pourrons en fournir la preuve.

§ 1. — DU « *PIGNUS NOMINIS* »

A Rome, avant le III^e siècle, le droit de créance ne pouvait être aliéné ; ce n'était que par la « *cognitio* » ou « *procuratio in rem suam* » que pouvait s'opérer le transfert de ce droit. Ce transfert se différenciait de la vente : le cédant demeurait le maître de la créance et le débiteur cédé pouvait valablement se libérer entre ses mains, à moins qu'une « *litis contestatio* » n'eût opéré une quasi-novation au profit du cessionnaire.

Par la suite, la « *procuratio in rem suam* » perdit son caractère de mandat « *ad litem* ». L'« *actio utilis* » se substitua à l'« *actio mandati* », le cessionnaire n'agissait plus « *alieno nomine* » mais « *suo nomine* ». A la seule condition qu'elle fût signifiée au débiteur ou qu'un paiement partiel eût été obtenu (1), la cession produisait les mêmes effets qu'une vente.

Du moment qu'il était susceptible d'être vendu, rien ne s'opposait à ce que le droit de créance fût également susceptible d'être hypothéqué. « *Quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere po-*

(1) GORDIEN. — C. 8, 41 (42). De nov. 3.

test » (2). Les Romains eurent d'autant plus recours au « *pignus nominis* », hypothèque d'une créance, que l'action oblique, reconnue par l'article 1166 de notre Code Civil et permettant au créancier d'agir directement contre les débiteurs de son débiteur, était inconnue du Droit Romain (3). L'hypothèque, entraînant le « *jus vendendi* » et le « *jus exigendi* », permettait au créancier, impayé à l'échéance et qui avait reçu, en garantie de sa créance, le droit de créancier appartenant à son débiteur, d'actionner directement le débiteur de son débiteur jusqu'à concurrence de ce qui lui était dû.

Conséquence de l'évolution de la « *procuratio in rem suam* » en cession de créance, le « *pignus nominis* » présentait une combinaison des principes de l'hypothèque et de la cession. La situation du créancier nanti d'un « *pignus nominis* » était, sur bien des points, identique à celle du cessionnaire d'une créance.

Le créancier hypothécaire devait notifier au débiteur du constituant la convention d'hypothèque. Il rendait ainsi indisponible la créance du constituant entre les mains de son débiteur qui ne pouvait plus s'en libérer valablement à son insu ; il arrivait ainsi au même résultat que le cessionnaire qui notifiait la cession au débiteur cédé.

Le créancier hypothécaire avait le « *jus vendendi* » et le « *jus exigendi* », il pouvait soit vendre la créance, soit en poursuivre le recouvrement. Dans les deux cas, la doctrine s'est demandée quelle était l'action utile que lui reconnaissaient les textes (4). Les créances n'étant pas suscep-

(2) L. 9-1, D. 20-1. Gaus livr. 9, ad Edict. provinc. L 7 C 4-51.

(3) Le prêteur introduisit aussi une action directe contre les biens du débiteur par la « *venditio bonorum* », en envoyant le « *bonorum emptor* » en possession et en lui donnant des actions utiles contre des débiteurs de son débiteur.

(4) « *Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pig-
nori dentur: ordinarium visum est post nominis venditionem utiles*

tibles de possession, cette action ne pouvait être l'action hypothécaire dont l'essentiel est le « jus possidendi » (5). Le créancier nanti d'un « pignus nominis » n'avait donc contre le débiteur du constituant qu'une action personnelle : « l'actio utilis ».

Le bénéfice de discussion, « beneficium excussionis », qui pouvait être opposé par le détenteur de la chose hypothéquée au créancier hypothécaire, ne pouvait l'être ni au cessionnaire, ni au créancier nanti d'un « pignus nominis » ; l'un et l'autre n'ayant pas une action réelle mais une action personnelle. Par contre, ils pouvaient se voir opposer toutes les exceptions dont le débiteur était en droit de se prévaloir à l'encontre soit du cédant, soit du constituant. Leur situation était encore, à ce point de vue, absolument identique.

Enfin, certaines créances incessibles ne pouvaient pas davantage être hypothéquées et ceci quand l'incessibilité avait été accordée en considération de la nature de la créance ou de l'intérêt porté au débiteur. Mais si la cession était interdite pour éviter les possibilités de spéculation, on pouvait alors constituer quand même un « pignus nominis », car ici le danger de spéculation n'était plus à redouter, la seule considération, qui influait sur cette constitution, étant la sauvegarde d'un droit antérieur.

Si, par bien des points, la constitution d'hypothèque sur une créance offrait des analogies avec la cession de créance,

emptori (sicut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones ».

Diocletianus et Max. 1 7 Cod., de her. vel. act. vend. IV 39.

(5) « Eam hypothecariam intelligere non possumus, hec enim possessionem pignoris avocat, nomen autem jus est, cujus nulla est possessio ». Donnellus, ad l 4 Cod. Quae res pign. VIII, 17.

Dans le même sens : Bachovius de pign. III, 9.

Les glossateurs et Cujas prétendaient, au contraire, que le créancier nanti d'un « pignus nominis » avait l'action hypothécaire.

Glose ad l 4 Cod. quae res pign. VIII, 17.

Negusantius VIII, I, n° 19.

Pauli Edict. libr. xxix ad 1.18 pr. de pign. act. Dig. xiii, 7.

les résultats obtenus dans l'une et l'autre opération étaient tout à fait différents, les buts recherchés par les parties étaient, en effet, loin d'être identiques.

Par la « *procuratio in rem suam* », suivie de « *denuntiatio* », la créance passait du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire, le transfert était absolu et complet.

Par la constitution d'hypothèque, le constituant ne donnait sa créance qu'en garantie de l'exécution de l'obligation par lui contractée ; il rendait sa créance indisponible (6), mais celle-ci n'en restait pas moins dans son patrimoine. Le « *secundus creditor* », créancier nanti du « *pignus nominis* », s'il était impayé à l'échéance, ne pouvait poursuivre le débiteur du constituant que jusqu'à concurrence de sa propre créance.

Alors que, par la « *procuratio in rem suam* », le transfert réalisé était absolu et complet, il n'était, par la constitution d'un « *pignus nominis* », que conditionnel et partiel (7).

§ 2. — DU « PIGNUS PIGNORIS »

Le « *pignus pignoris* » emportait-il toujours « *pignus nominis* » ?

(6) Si le constituant avait poursuivi son débiteur en paiement de sa dette, le prêteur aurait repoussé son action par l'exception: « *Si convenerit ut nomen debitoris mei tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur...* ». L. 18. D. de pign. act. xiii, 7.

(7) GIDE (Etude sur la novation et le transfert des créances en Droit Romain, p. 353) nous dit en parlant du « *pignus nominis* »: « C'est un transfert partiel: vous n'avez hypothèque que jusqu'à concurrence de ce que je vous dois. C'est un transfert conditionnel, vous ne pouvez exercer votre hypothèque que si je manque à mes engagements. C'est un transfert résoluble: vous perdez votre hypothèque si je viens à m'acquitter envers vous ».

Le texte fondamental, sur lequel les commentateurs, soutenant l'analogie du « *pignus nominis* » et du « *pignus pignoris* », appuient leur opinion, est fort obscur.

« *Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, num quid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non ? Quid enim, si res soluta fuerit ? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit : si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum, si vero capus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem* ».

MARCIANUS L 13 § 2, de pignor. XX. 1 (8).

Ces auteurs voient une justification de leur opinion dans le fait que MARCIEN, posant la question pour le « *pignus pignoris* », semblait la résoudre en donnant comme exemple un « *pignus nominis* ». Il s'agissait, dans ce texte, du contrat réel de gage, le créancier gagiste remettait réellement à son propre créancier la « *rem pignoratam* » qu'il avait lui-même reçue en gage de son débiteur. Comment peut-on prétendre y voir la preuve qu'à cet engagement de second ordre était lié un engagement tacite de la créance

(8) Traduction: « Comme on a décidé qu'une chose donnée en gage peut être de nouveau donnée en gage par le créancier qui l'a reçue, le gage est tenu envers le second créancier tant que les deux sommes sont dues et il peut obtenir tant une exception qu'une action utile. Que si le propriétaire paye la somme qu'il doit, le gage du second créancier est aussi éteint. Mais on peut douter si ce second créancier aura ou non l'action utile pour obtenir les écus payés au premier. Que décider surtout si le paiement a été d'une chose autre que l'argent ? J'approuve l'avis de Pomponius dans son livre XVII sur l'Edit: Une créance ayant été donnée en gage, si le débiteur de cette créance doit une somme d'argent, le créancier gagiste, à qui elle aura été payée la prendra en compensation de ce qui lui est dû, mais si l'objet dû est un corps certain, le second créancier qui l'aura reçu le gardera comme gage ».

appartenant à celui qui constituait ce second gage ? MARCIEN ne mettait pas en doute la validité du paiement fait par le propriétaire au premier créancier gagiste qui avait constitué le « subpignus ».

Les autres arguments des auteurs soutenant cette théorie, ne sont pas plus convaincants.

JOURDAN (9) nous dit : « La véritable raison pour laquelle le premier créancier Secundus est, indépendamment de toute clause expresse, réputé avoir compris un « pignus nominis » dans la cession du « jus pignoris », c'est que cela est conforme au but que les parties ont évidemment en vue, à savoir de donner à Tertius toutes les sûretés que pouvait lui donner Secundus, en sa qualité de créancier hypothécaire de Primus ». Les parties pouvaient atteindre ce but par le « pignus nominis », qui donnait au créancier, en garantie de l'exécution de l'obligation, la créance avec tous ses accessoires ; le « pignus pignoris », en tant que gage constitué uniquement par une hypothèque, était inutile et son existence inexplicable.

VAN WETTER (10) soutient que : « ce n'est qu'en qualité de créancier qu'on est autorisé à procéder à la vente d'une chose hypothéquée » et, pour que le « pignus pignoris » offrit une garantie effective, il devait donner la qualité de créancier, donc l'action personnelle. Cet argument n'a aucune portée : l'action hypothécaire pouvait être exercée contre tout possesseur « possidenti contra quemcumque possidentem », aucun texte n'exigeait que le possesseur fût également débiteur.

De plus, le « pignus pignoris » se différenciait du « pignus nominis » par son mode de formation : tandis que la constitution possible d'une hypothèque sur une créance avait été la conséquence logique de l'évolution de la « procuratio in rem suam » en cession de créance, le « pignus

(9) JOURDAN. — De l'hypothèque, p. 297.

(10) VAN WETTER. — Cours élémentaire de Droit Romain, t. I, p. 549.

pignoris » s'était appliqué tout d'abord au contrat réel de gage, le même objet était donné deux fois en gage, la première fois par le propriétaire, la deuxième par le créancier gagiste, qui constituait un « subpignus ».

Le créancier, nanti d'un « pignus nominis », hypothèque sur une créance, droit incorporel, ne pouvait avoir qu'une action personnelle, au contraire, s'il était nanti d'un « pignus pignoridis », hypothèque de l'hypothèque, droit réel, il pouvait exercer l'action hypothécaire contre le possesseur de la chose hypothéquée. Celui-ci, n'étant tenu que « propter rem », pouvait lui opposer les mêmes exceptions qu'au constituant, y compris le « beneficium excussionis ».

Cette discussion n'a d'ailleurs qu'un intérêt spéculatif. Les Romains utilisèrent fort peu le « pignus pignoridis » comme le « pignus nominis », ils préféraient les sûretés personnelles aux sûretés réelles et si l'hypothèque spéciale était connue à Rome, l'hypothèque générale était beaucoup plus usitée. GAIUS (11) nous signale, comme usuelle, la clause hypothéquant, à côté de biens déterminés, tous les biens présents et à venir du débiteur. Elle nous permet cependant de conclure que le « pignus pignoridis » se différenciait très nettement du « pignus nominis ».

Nous avons admis que le « pignus pignoridis » portait non point sur le bien précédemment hypothéqué mais sur le droit d'hypothèque. Cette question fut controversée, l'examen des textes semble, en effet, indiquer que l'hypothèque en sous-ordre était consentie par le créancier hypothécaire non sur le « jus pignoridis », mais sur la « res pignoratitia » (12). Le constituant qui, par l'action hypothé-

(11) Gaius D. XX-1. De pign. 15-1.

(12) L. 40-2. D. De pign. act. XIII, 7.

L. 13-2. D. 6 t., XX, 1.

L. 14-3. D. De div. temp. prescr. XLIV 3.

L. 1 et 2. C. Si pignus pignori dat. sit. VIII, 24.

Voir SCHILLING. — Traité du Droit de gage et d'hypothèque. Traduction Pellat, p. 18.

caire, avait le « jus possidendi », s'il était le créancier hypothécaire le plus ancien, n'avait cependant, avant toute « vindictio pignoris », ni la possession, ni la propriété du bien qui avait été affecté hypothécairement à la garantie de sa créance (13). Il ne pouvait donc l'hypothéquer et il nous paraît évident que le « pignus pignoris » ne pouvait être constitué en fait que sur le droit qu'il possédait sur le bien, objet de la convention, il ne pouvait être par conséquent qu'une hypothèque établie sur une hypothèque pré-existante.

La contradiction apparente entre cette solution et les textes indiqués en note, s'explique par le fait que ces textes visaient le « subpignus », constitution d'un gage par la remise de la chose, précédemment gagée, au constituant. L'hypothèque est d'une origine beaucoup plus récente que le gage qui, dès l'établissement des interdits et l'introduction de la procédure formulaire, avait acquis toute sa valeur légale (14). L'hypothèque est née de ce que le débiteur ne pouvait pas toujours se dessaisir du bien sur lequel il voulait faire reposer son crédit, tel était le cas pour le locataire ou le fermier qui voulait affecter à la sûreté de sa dette de fermages ou de loyers, les meubles apportés par lui afin de garnir la chose louée ou d'exploiter la ferme (15). L'hypothèque résultait d'un remaniement du gage et c'est ce qui explique qu'il pût exister entre ces deux institutions des règles communes dont l'application devait être cependant en accord avec la nature particulière et très nettement différenciée du gage et de l'hypothèque.

De cette étude sommaire, il résulte que, par le « pignus

(13) GIRARD. — Manuel Elémentaire de Droit Romain, p. 825.

(14) Sur l'origine de l'hypothèque en Droit Romain: Voir Herzen: Origine de l'hypothèque. L'auteur y reproduit deux de ses articles parus dans la *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger* de 1898, p. 791-802 et de 1899, p. 5-26.

(15) GIRARD. — Op. cit., p. 817.

pignoris » et par le « pignus nominis », le créancier hypothécaire pouvait, à l'époque classique, tirer crédit de sa créance sans s'en dessaisir, de plus l'hypothèque générale, frappant tous les biens, meubles et immeubles du débiteur, atteignait ses créances, meubles incorporels, comme tout le reste de ses biens.

CHAPITRE II

DU SOUS-ORDRE DANS NOTRE ANCIEN DROIT

Quels étaient, en Ancien Droit français, les procédés dont disposait le créancier hypothécaire qui voulait, sans la céder ou la donner en nantissement, tirer crédit de sa créance ?

Pour répondre à cette question, une distinction s'impose. Les Pays de Droit Ecrit, ainsi que les Coutumes de Normandie, du Maine, d'Anjou et de Bretagne, suivaient la tradition romaine : les meubles étaient comme les immeubles susceptibles d'être hypothéqués. Le créancier hypothécaire pouvait donc hypothéquer sa créance ou seulement le droit d'hypothèque qui y était attaché (1).

(1) « Nous pouvons avoir des biens de trois qualités différentes : les uns dont la propriété nous appartient, les autres sur lesquels nous n'avons qu'un droit et enfin il y a une troisième espèce de biens, « *quorum nec domini sumus, nec quasi nomen* », comme ceux qui nous sont simplement engagés et hypothéquez et que nous sommes tenus de rendre et nous pouvons cependant hypothéquer les biens que nous ne jouissons que de

Il n'en était pas de même dans les autres provinces du Royaume où les immeubles seuls étaient susceptibles d'hypothèque ; cependant POTHIER écrivait dans son Introduction au titre XX des Coutumes d'Orléans : « le droit d'hypothèque que j'ai sur les immeubles de mon débiteur pour raison de quelqu'une de ces créances, est hypothéqué à mes créanciers auxquels j'ai obligé tous mes biens » (2). Si le célèbre juriconsulte d'Orléans ne disait pas que l'hypothèque était susceptible d'hypothèque, s'il n'admettait en droit français ni le « pignus pignoris » ni le « pignus nominis », hypothèques spéciales de l'hypothèque ou de la créance (3), il étendait aux droits hypothécaires le gage des créanciers à hypothèque générale qui formaient dans notre Ancien Droit, comme en Droit Romain, la presque totalité des créanciers hypothécaires. La clause « l'hypothèque spéciale ne dérogera pas à la générale, ni la générale à la spéciale », était, en effet, si souvent employée, qu'elle devint de style dans les actes constitutifs d'hypothèque. POTHIER a été amené à formuler cette théorie pour expliquer la jurisprudence du Parlement de Paris qui admettait que les créanciers opposants en sous-ordre devaient être colloqués par rang d'hypothèque dans la distribution de l'émolument attribué dans l'ordre à leur créancier. Cette jurisprudence fut consacrée dans un cas particulier par un texte législatif. La Déclaration du 30

cette manière ». BASNAGE. Traité des hypothèques, chap. III, n° 4, p. 6. (Euvres, t. II.

BASNAGE qui écrivait selon la coutume de Normandie, commet dans ce texte, la même erreur d'interprétation que nous avons relevée précédemment (p. 22-23). En réalité, ce n'était pas sur le bien hypothéqué au débiteur que pouvait reposer la nouvelle hypothèque mais sur le droit d'hypothèque lui-même.

(2) POTHIER. — Coutumes d'Orléans. Introduction au titre XX, sect. II, § 1, n° 21.

(3) « Les créances mobilières que j'ai contre des tiers, ne soient point par elles-mêmes susceptibles d'hypothèque envers mes créanciers ».

POTHIER. — Coutumes d'Orléans. Loc. cit.

novembre 1681 (4) posait le principe de la collocation en sous-ordre par rang d'hypothèque pour les créanciers de la femme mariée. Son autorité s'étendait à tout le Royaume.

En pays de droit coutumier, le créancier hypothécaire, dans le ressort du Parlement de Paris, la femme mariée, dans tout le Royaume, accordaient donc à leurs créanciers des droits préférentiels sur l'émolument de leurs hypothèques en leur consentant une hypothèque générale sur tous leurs biens. C'était par la procédure du sous-ordre que ces créanciers les faisaient valoir.

La procédure du sous-ordre avait pour but de distribuer la collocation d'un des créanciers du saisi, utilement colloqué dans l'ordre ouvert sur le bien décrété, entre les créanciers de ce créancier. Ceux-ci se faisaient connaître et devenaient partie à la saisie, de la même manière que les créanciers du saisi, par une opposition au décret (5) que l'on appelait « opposition en sous-ordre ».

(4) Déclaration du 30 novembre 1681. « Disons, voulons et nous plaît qu'à l'avenir les créanciers légitimes des femmes qui seront obligés dans leurs contrats et étans opposans comme exerçant leurs droits, seront payés sur les dots, préciputs et autres avantages des dites femmes suivant la date et ordre de leurs hypothèques ».

THIBAUT. — Traité des criées, vente des immeubles et des offices par décret. T. I, chap. XV, § 3, n° 29.

(5) Les créanciers du saisi, autres que le poursuivant, se faisaient connaître par une opposition au décret dite « à fin de conserver », elle leur servait à conserver leur rang sur le prix du bien vendu en maintenant intacts leurs droits, privilèges et hypothèques que, sans elle, le décret aurait anéanti, car, dit Loysel : « Décret forcé nettoie toutes hypothèques ».

Outre l'opposition à fin de conserver et l'opposition en sous-ordre, il y avait encore : l'opposition à fin d'annuler formée par le saisi qui proposait des moyens de nullité soit quant au fond, soit quant à la forme du décret ; l'opposition à fin de distraire, quand un tiers prétendait qu'on avait compris dans la saisie réelle un bien lui appartenant ; l'opposition à fin de charge, quand un tiers soutenait que le bien décrété était chargé envers lui d'une rente, d'une sevitude ou de quelque autre droit.

§ 1. — DE L'OPPOSITION EN SOUS-ORDRE

L'opposition en sous-ordre était faite au Greffe de la Juridiction qui devait connaître de l'ordre. Cette juridiction n'était pas fixée, comme aujourd'hui, par la situation des immeubles saisis, mais par la nature de l'acte en vertu duquel la saisie était poursuivie, par la qualité de l'une des parties ou par le domicile du saisi.

Si l'acte, permettant la saisie, était un arrêt ou un jugement, c'était la juridiction qui l'avait rendu qui devait connaître de son exécution (6).

Pour les saisies exécutées en vertu d'actes notariés, le juge compétent était, selon la règle générale de procédure, celui du domicile du défendeur, c'est-à-dire du saisi. C'était aux greffes de ces juridictions que devaient être enregistrées les oppositions en sous-ordre, comme les autres oppositions au décret.

Cependant, si le saisissant, le saisi ou l'un quelconque des opposants était privilégié, il pouvait faire porter la saisie réelle devant le juge de son privilège. Son intervention, pour être recevable, devait se produire avant que

(6) Arrêt de Règlement du Parlement de Paris du 23 novembre 1598.

Art. 2.: « Les adjudications, mis en criées en exécution des Arrêts et Exécutoires de la Cour, seront faites en icelle et les autres faites en vertu de sentences aux sièges esquelles elles auront été données et ce qui sera mis en criées par vertu d'obligations et de contrat par devant les Juges auxquels l'exécution d'iceux appartient ».

V. HERICOURT. — Traité de la vente des immeubles par décret, t. II, p. 9.

Cependant certaines juridictions ne pouvaient connaître des saisies exécutées en vertu des sentences qu'elles avaient rendues, telles les juridictions criminelles, celles des Eaux et Forêts et des Trésoriers de France, les sièges de police. De même les juges-conseils, simples arbitres, les officialités, tribunaux ecclésiastiques, ne pouvaient connaître de l'exécution de leurs sentences. Dans ces cas, la juridiction compétente était celle du domicile du saisi.

les opposants assignés par le poursuivant ne vinssent devant le juge y exposer les causes de leurs oppositions, c'est-à-dire avant la « constatation en cause ». Ce privilège d'évocation appartenait à ceux qui avaient droit de « committimus » aux Requêtes de l'Hôtel ou du Palais et aux Conservateurs des Universités ; opposants en sous-ordre, ils ne pouvaient pas se prévaloir de leur privilège (7) ; car, alors, les juges ordinaires auraient été dépouillés de presque tous les décrets (8).

Devant la complexité des règles qui fixaient la juridiction appelée à connaître de la saisie, il était normal que fût prévu le cas où le créancier, désirant faire opposition, ignorerait quelle était cette juridiction. Il devait alors s'adresser au procureur du saisissant et le sommer « d'avoir à lui déclarer le greffe dans le registre duquel la saisie a été enregistrée ». Le procureur devait répondre à cette sommation sous peine « d'être responsable des causes de l'opposition » (9).

L'opposition en sous-ordre, même formée, ainsi que le créancier opposant en avait le droit, entre les mains du sergent, procédant aux criées, devait toujours être mentionnée sur le registre du greffe. Le greffier devait en délivrer une expédition « en papier ou en parchemin » au procureur de l'opposant, nanti d'un pouvoir exprès ou tacite, résultant en ce dernier cas de la remise des pièces justificatives de la créance, cause de l'opposition. HÉRICOURT nous donne une formule de cet acte : « Aujourd'hui

(7) Art. 7 de la Déclaration du 12 juin 1694, citée par Héricourt, t. II, p. 394.

(8) HÉRICOURT. — Op. cit., t. I, chap. II, § XI.

POTHIER. — Traité de Procédure Civile, IV^e Partie, chap. II, sect. I, § 3.

(9) POTHIER. — Traité de Procédure Civile, chap. II, art. VII, § 1.

— Coutumes d'Orléans. Introduction au titre XXXI, § IX, n^o 79.

HÉRICOURT. — Op. cit., t. I, chap. IX, paragraphe 2.

est comparu au greffe de la Cour, M..., procureur en icelle, lequel, en vertu du pouvoir à lui donné par, a déclaré qu'il est opposant et s'oppose par ses présentes à la distribution des deniers pour lesquels N... se trouvera utilement colloqué sur le prix qui proviendra de la vente et adjudication par décret des biens saisis réellement sur à la requête de et ce, à fin d'être payé sur les dits deniers de ce qui lui est dû par N.... tant en principal, qu'intérêts ou arrérages, frais et dépens et, en outre, pour être conservé en tous ses droits, noms, raisons et actions, par les moyens qu'il déduira en temps et lieu et a élu domicile en sa sise rue Paroisse

» Dont il a requis acte » (10).

L'élection de domicile, faite dans le lieu de la juridiction devant laquelle il devait être procédé à l'adjudication, était obligatoire à peine de nullité ; elle rendait valables toutes les significations faites au domicile élu.

Si le créancier du saisi n'avait pas formé opposition « à fin de conserver », ses créanciers personnels devaient le sommer de s'opposer ; sur son refus, ils pouvaient se faire autoriser à s'opposer pour lui mais à leurs risques (11). Toujours en vertu du principe que les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur négligent, ils pouvaient aussi se faire subroger à la poursuite de la saisie réelle négligée par le poursuivant ; il suffisait pour les y autoriser qu'ils eussent intérêt à faire vendre le bien saisi pour être payés de ce qui leur était dû sur l'émolument qui serait attribué dans l'ordre à leur débiteur (12).

Les créanciers de la femme du saisi pouvaient deman-

(10) HERICOURT. — Op. cit., t. I, chap. XIII, sect. IV, § 13.

(11) POTHIER. — Traité de Procédure Civile, IV^e partie, chap. II, art. VII, § 3.

(12) HERICOURT, op. cit., t. I, chap. XI, sect. IV, § 2.

der à être colloqués en sous-ordre, même si leur débitrice n'avait pas fait opposition à fin de conserver (13).

L'opposition en sous-ordre devait être faite au greffe « ayant que le décret soit levé et scellé » ; Articles 356 et 354 de la Coutume de Paris. Une fois le décret « levé et scellé », toutes les hypothèques, tous les droits réels, que pouvaient posséder les tiers sur les immeubles adjugés, étaient purgés et nul ne pouvait être admis à s'en prévaloir pour former opposition. Cependant l'opposition en sous-ordre, qui n'était plus recevable au greffe, l'était encore, jusqu'au jugement de l'ordre, entre les mains du Receveur des Consignations ; mais ses effets étaient alors si différents, du moins pour certains auteurs, qu'elle n'était plus une opposition au décret, mais une simple intervention analogue à une saisie-arrêt opérée entre les mains du Receveur des Consignations qui détenait les deniers, prix de l'adjudication. C'était ce que la doctrine, pourtant divisée sur les effets de l'opposition en sous-ordre faite au greffe avant que le décret soit « levé et scellé », était unanime à reconnaître.

§ 2. DE L'INSTRUCTION ET DU JUGEMENT DU SOUS-ORDRE

La procédure suivie pour arriver à la collocation des créanciers opposants en sous-ordre était très variable suivant les différentes Coutumes du Royaume.

(13) Arrêt de la Cour des Aydes du 9 avril 1691. Arrêt de règlement du Parlement de Paris du 31 août 1690. Voir HERICOURT, op. cit., t. II, pages 315 et 317. — JAMET DE LA GUESSIERE. Journal des principales audiences du Parlement, t. V. Les créanciers du poursuivant pouvaient aussi être opposants en sous-ordre, bien que le saisissant ne soit pas opposant à fin de conserver : « les poursuites de l'impétrant étant pour lui une opposition continuelle ». Arrêt de la Cour des Aydes du 26 septembre 1702.

Voir THIBAUT, op. cit., t. I, Chap. VIII, n° 9. — BRILLON, Dictionnaire des Arrêts, t. IV, v° ordre, n° 4.

Au Châtelet de Paris, un magistrat spécial, désigné pour le règlement des ordres : le commissaire au Châtelet, som-
mait les créanciers opposants qui lui étaient indiqués par le
« poursuivant criées » d'avoir à produire leurs titres dans
un délai de huitaine. Les créanciers défailants devaient
être réassignés au domicile élu par eux dans leurs opposi-
tions, pour comparaître devant le commissaire dans un
nouveau délai de quinzaine (14). A l'expiration de ce délai,
le commissaire procédait, sans tenir compte des défailants,
à la distribution du prix de l'immeuble décrété entre les
divers opposants, par ordre d'hypothèque (15), il dressait
un état des collocations et sommait les créanciers oppo-
sants d'avoir à en prendre connaissance. Si des contesta-
tions s'élevaient, le juge-commissaire renvoyait les parties
devant le Tribunal du Châtelet qui était seul compétent
pour en connaître ; si, au contraire, l'ordre était accepté
tel qu'il avait été dressé, le magistrat rendait un arrêt
d'ordre et délivrait un procès-verbal qui permettait aux
créanciers colloqués d'obtenir leur paiement à la Caisse
des Consignations.

Telle était, en ses grandes lignes, la procédure suivie au
Châtelet. Il n'en était pas de même auprès de tous les
Parlements. Partout, cependant, il n'existait aucune diffé-
rence entre les opposants en sous-ordre et les opposants
à fin de conserver, créanciers directs du saisi ; le sous-
ordre était joint à l'ordre et les deux procédures se pour-
suivaient en même temps et d'une façon identique que
l'ordre fût fait avant ou après l'adjudication et selon des
règles particulières à chaque Coutume. Cette façon de

(14) Art. 6 de l'Edit, rendu par François I^{er} au mois de novembre 1527.

(15) Edit portant règlement pour le style du Châtelet de Paris, rela-
tivement aux exécutions mobilières, oppositions aux criées, ventes, etc...

Novembre 1529, art. 6, rapporté dans FERRIERE: Corps et compilation
de tous les commentaires sur la coutume de Paris, t. IV, p. 1509, note 1.
GOUGET. — La Réformation de l'ordre des décrets, p. 184.

ISAMBERT. — Recueil général des anciennes lois françaises, t. XII, p. 334.

procéder présentait un sérieux inconvénient : les frais spéciaux à la procédure du sous-ordre se confondaient avec ceux de la procédure d'ordre, d'où il résultait que les frais particuliers au sous-ordre étaient supportés non point par les opposants en sous-ordre qui avaient seuls intérêt à cette procédure, mais par les créanciers du saisi qui, derniers en date ou chirographaires, ne pouvaient être payés par insuffisance du prix mis en distribution. Le Parlement de Paris remédia à cet inconvénient par un arrêt de règlement du 22 août 1691, qui prononçait la disjonction des deux procédures (16). La Cour des Aydes, par son arrêt du 25 septembre 1691, arriva à un résultat identique : les opposants en sous-ordre devaient consigner leur part du coût de l'arrêt d'ordre, s'ils ne voulaient pas voir le sous-ordre disjoint de l'instance d'ordre (17).

Dès lors, le sous-ordre se poursuivait toujours comme

(16) Arrêt du Parlement de Paris portant règlement pour le jugement des oppositions en sous-ordre du 22 août 1691. Par cet arrêt, la Cour décida :

Art. I. — Que l'on ne prendra à l'avenir aucun appointement sur les oppositions en sous-ordre portant jonction à l'ordre et que lesdites oppositions en sous-ordre seront jugées après que l'on aura procédé sur l'ordre et par un arrêt ou sentences séparées.

Art. II. — Que les oppositions en sous-ordre seront jugées au rapport de celui qui aura fait le rapport de l'ordre.

Art. III. — Que les frais nécessaires pour la poursuite, instruction et jugement des oppositions en sous-ordre seront pris sur la somme qui aura été adjugée au créancier sur lequel lesdites oppositions ont été faites ou avancées par les opposans, si bon leur semble, sans qu'en aucun cas, ils puissent être pris sur les revenus, ni sur le reste du prix des immeubles qu'il s'agit de distribuer entre les créanciers.

Art. IV. — Que les créanciers d'un opposant qui ne forment entre eux aucune contestation, pourront intervenir dans l'ordre lorsqu'ils le trouveront à propos pour y faire valoir la créance de leur débiteur commun.

Art. V. — Que les oppositions en sous-ordre qui sont jointes présentement aux ordres et dont le jugement a été commencé, seront jugées en la manière observée jusqu'à présent et que celles dont le jugement n'a pas été commencé demeureront disjointes de l'ordre, pour être instruites et jugées séparément et en la manière ci-dessus ». HERICOURT, op. cit., t. II, p. 317.

(17) HERICOURT. — Op. cit., t. II, p. 319.

l'ordre, par devant le même juge, mais les deux procédures furent absolument distinctes et les frais du sous-ordre ne furent supportés que par les créanciers opposants en sous-ordre et non point, comme auparavant, par les créanciers du saisi qui n'avaient aucun intérêt à cette procédure.

§ 3. — DISTRIBUTION ENTRE LES OPPOSANTS EN SOUS-ORDRE

Si la collocation du créancier, sur lequel avaient été formées les oppositions en sous-ordre, était suffisante pour désintéresser tous les créanciers opposants, aucune difficulté ne surgissait ; tous étaient intégralement payés et s'il subsistait encore un reliquat, celui-ci allait au débiteur commun. Il n'en était pas de même si la collocation obtenue était inférieure au total des créances dont les titulaires s'étaient opposés en sous-ordre, il y avait alors lieu de se demander si tous les opposants en sous-ordre allaient être payés au marc la livre ou si ceux dont la créance était garantie par une hypothèque générale allaient être préférés aux créanciers chirographaires et colloqués dans le sous-ordre suivant l'ordre de date de leurs hypothèques. La question, résidant dans l'étendue du gage qu'avait le créancier à hypothèque générale sur les biens de son débiteur, était résolue différemment dans les Pays de Droit Ecrit et dans les pays de Coutumes.

En Pays de Droit Ecrit, on suivait la règle romaine : « tout ce qui peut être vendu et aliéné peut être hypothéqué » (18). Les meubles comme les immeubles étaient susceptibles d'hypothèque. Il était alors normal que les créanciers hypothécaires du créancier colloqué dans l'ordre,

(18) BASNAGE. — Op. cit., t. II, chap. III, n° 4, p 6.

fussent colloqués eux-mêmes en sous-ordre par rang d'hypothèque ; le montant de la collocation, créance mobilière, faisait partie, en tant que meuble, de la garantie qu'ils avaient reçue lorsque leur débiteur leur avait consenti une hypothèque générale sur tous ses biens meubles et immeubles. Cette hypothèque n'avait d'ailleurs pas besoin d'être expressément stipulée, elle résultait de la forme même de l'acte d'obligation, si celui-ci avait été passé par devant notaire. Peu importait que le débiteur vint à l'ordre comme créancier hypothécaire ou chirographaire de la partie saisie ; peu importait également que les oppositions en sous-ordre eussent été formées au greffe ou entre les mains du receveur des consignations. Les créanciers opposants étaient toujours colloqués par rang d'hypothèque, à moins que les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne fussent pas à désintéresser les créanciers apparents (19) ; dans le cas de déconfiture, la distribution des biens meubles se faisait par contribution entre tous les créanciers, sans distinction entre ceux qui avaient une sûreté ou ceux dont la créance était simplement chirographaire ; cependant, dans ce cas, la femme du débiteur en déconfiture avait, pour sa dot, un privilège qui lui permettait d'être payée la première sans entrer en contribution.

Les Coutumes de Normandie, du Maine, d'Anjou et de Bretagne admettaient également l'hypothèque sur les meubles (20) ; là aussi, comme en pays de droit écrit et sauf le cas de déconfiture, les créanciers opposants en sous-ordre étaient colloqués par rang d'hypothèque.

D'après les autres Coutumes du Royaume, les meubles

(19) GUY DU ROUSSEAU DE LA COMBE. — Recueil de Jurisprudence, v^o, contribution n^o 3.

(20) Dans ces coutumes, la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » ne voulait pas signifier que les meubles n'étaient pas susceptibles d'hypothèque mais seulement que cette hypothèque ne donnait sur le meuble aucun droit de suite mais seulement un droit de préférence sur son prix.

n'étaient point susceptibles d'hypothèque (21). Les créances donc ne pouvaient être comprises dans le gage du créancier ayant une hypothèque générale et tous les créanciers opposants en sous-ordre, que leur créance fût hypothécaire ou chirographaire, étaient colloqués au marc la livre. Au principe de la distribution par contribution échappaient cependant certaines créances privilégiées : les frais de justice, la dîme, les frais exposés dans le but de conserver le gage commun ; ces créances venaient avant toute autre. Dans le même ordre d'idées, le premier saisissant jouissait d'un privilège, non seulement pour les frais de procédure mais aussi pour le montant de sa créance elle-même, le premier opposant en sous-ordre avait, par rapport à ses cocréanciers, le même privilège. Enfin, la femme du saisi ou celle du créancier sur lequel étaient formées les oppositions en sous-ordre, était préférée pour ses reprises matrimoniales à tout autre opposant.

Dès le début du XVII^e siècle, le Parlement de Paris admit une innovation très particulière en colloquant par ordre d'hypothèque les créanciers qui avaient fait enregistrer au greffe leurs oppositions en sous-ordre sur un des créanciers hypothécaires de la partie saisie. Cette Jurisprudence n'était pas identique à celle des pays de droit écrit, puisqu'il fallait que l'opposition en sous-ordre eût lieu avant que le décret fût « levé et scellé » et que le débiteur des opposants fût créancier hypothécaire du saisi. Les arrêts n'étant pas motivés, le Parlement ne donnait aucune raison pour justifier ses décisions qui semblaient contraires aux principes de Droit Coutumier. Malgré les critiques de la doctrine, le Parlement de Paris continua à suivre cette jurisprudence.

L'Edit du 23 mars 1673 (22), loin de la condamner, la

(21) C'est en ce sens qu'elles entendaient la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

(22) HENRICOURT. — Op. cit., t. II, p. 272.

confirmait au contraire dans ses articles relatifs à la procédure du sous-ordre (articles 34 et suivants). Il consacrait une analogie absolue entre cette procédure et celle de l'ordre. Les oppositions à fin de conserver, comme les oppositions en sous-ordre, devaient être formées « aux greffes des enregistrements des Baillages et Senéchaussées de la situation des immeubles » (article 12). L'ordre des enregistrements établissait le rang auquel les opposants en sous-ordre, comme les opposants principaux, devaient être colloqués (article 34).

COLBERT, qui avait eu l'initiative de cet édit, voulait assurer la publicité des hypothèques, permettre aux tiers de connaître les droits réels qui grevaient un immeuble, renseigner les prêteurs sur la valeur réelle de la garantie hypothécaire qui leur était offerte. Le but même poursuivi par cet édit fut cause de sa révocation. En assurant la publicité des hypothèques jusqu'alors occultes, il anéantissait le crédit de presque toute la noblessé de Cour, dont les biens étaient hypothéqués à un point tel que les créances garanties en dépassaient la valeur. Sur les instances de la Cour, Louis XIV le révoqua en avril 1674 (23).

En 1681, une déclaration royale ordonna la collocation par rang d'hypothèque des créanciers opposants en sous-ordre sur la femme du saisi (24).

L'exception qu'apportait ainsi le législateur aux principes de Droit Coutumier, ne modifia pas l'attitude des auteurs qui combattaient le principe de la collocation en sous-ordre par rang d'hypothèque. Ils n'y virent, au contraire, qu'une exception confirmant pour le surplus la règle de distribution au marc la livre. La collocation du débiteur commun était, pour eux, un pur effet mobilier et seule pouvait être envisagée une distribution par ordre de saisie,

(23) HERICOURT. — Op. cit., t. II, p. 282.

(24) Voir le texte de la Déclaration du 30 novembre 1681. Supre. p. 27, note 4.

quel que fût d'ailleurs le moment où se produisait l'opposition (25). Il n'en était pas cependant ainsi au cas où la collocation obtenue avait été attribuée au débiteur créancier d'une rente à l'encontre du saisi. La rente était, en effet, en Droit Coutumier, susceptible d'hypothèque, et faisait, par conséquent, partie du gage des créanciers à hypothèque générale. C'était ce que reconnaissaient ROUSSEAU DE LA COMBE (26), RENUSSE et DENIZART (27), qui n'admettaient pas, hors ce cas, la collocation des créanciers en sous-ordre par rang d'hypothèque.

Les auteurs (28), qui soutenaient la jurisprudence du Parlement de Paris, affirmaient tous « que le sous-ordre se faisait, comme l'ordre, par rang d'hypothèque », « qu'on colloquait les créanciers en sous-ordre au jour de leur hypothèque », à condition toutefois qu'ils eussent formé leurs oppositions avant que le décret fut « levé et scellé ». mais aucun, hormis HÉRICOURT et POTHIER, n'apportait à la

(25) « Quoique les deniers proviennent du prix d'un fond, on ne peut pas dire pour cela qu'ils soient immeubles; le créancier a eu tout l'effet de son hypothèque, puisqu'il a été placé à l'ordre au rang qu'elle lui avait donné les opposants en sous-ordre ont pu la faire valoir pour leur débiteur, mais la collocation qui n'est, à vrai dire, que le prix du contrat est un pur effet mobilier qui doit se distribuer par ordre de saisie, ainsi que le Parlement de Dijon l'a jugé par arrêts du 19 août 1619, juin 1622 et 3 juin 1641; on ne voit pas que la jurisprudence ait varié; la Déclaration de 1681, intervenue par rapport aux deniers dotaux, en formant une exception à cet égard, confirme la règle pour le surplus ».

THIBAUT. — Op. cit., chap. XV, § 3, n° 31.

(26) ROUSSEAU DE LA COMBE, op. cit., V^o. Ordre n° 1.

(27) « Il y a une grande différence à faire du sous-ordre du capital d'une rente qui était immeuble au capital d'une obligation exigible qui n'était que mobilier: la rente qui fait la matière du sous-ordre était hypothéquée à chacun des créanciers hypothécaires de celui à qui elle appartenait et l'obligation ne pouvait pas l'être ».

DENIZART. — Collections de décisions nouvelles et de notions relatives la Jurisprudence actuelle, t. IV, V^o sous-ordre n° 3.

(28) FERRIERE. — Op. cit. t., II, p. 1356. — BRILLON, op. cit., t. II, v^o Hypothèque, n° 2. — GUYOT. Répertoire de Jurisprudence, t. III. V^o. Collocation. — BOURJON. Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris, t. II, Livre VI, titre VIII, Chap. VI, sect. XI, n°s 210 et 211.

justification de son opinion une argumentation pouvant lui servir de base juridique.

§ 4. — NATURE JURIDIQUE DU SOUS-ORDRE EXPLICATION DE POTHIER

HÉRICOURT, dans son traité de vente des immeubles par décret, reconnaissait que la jurisprudence du Parlement de Paris était, sur ce point, contraire aux principes du Droit Coutumier (29). Il essayait cependant d'expliquer « l'usage de colloquer les créanciers opposans en sous-ordre suivant l'ordre d'hypothèque » comme « conséquence d'une fiction ». Il considérait le créancier hypothécaire propriétaire de l'immeuble hypothéqué jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Grâce à cette fiction, les créanciers en sous-ordre étaient censés avoir, sur l'immeuble hypothéqué à leur débiteur, un droit réel résultant de leur hypothèque générale ; c'était ce droit qu'ils saisissaient par leur opposition et qu'ils faisaient vendre pour être payés de ce qui leur était dû. HÉRICOURT faisait remarquer pour justifier la fiction ainsi introduite « qu'en contractant avec une personne, on pouvait faire presque autant de fond pour la sûreté de la dette sur des créances hipotéquaires que sur

(29) « Il n'est pas facile de découvrir sur quoi cet usage est fondé. Il semble que, si on voulait décider cette question sur les principes généraux de notre jurisprudence, il faudrait suivre les mêmes règles dans la distribution des collocations en sous-ordre que dans les saisies de sommes mobilières. En effet, un créancier n'a pas d'hypothèque sur les immeubles du débiteur de son débiteur et le but de l'opposition en sous-ordre, que forme le créancier d'un créancier hypothécaire du saisi, n'est que d'être colloqué sur une partie du prix du bien saisi qui pourra revenir à son débiteur, ainsi, l'action, qui donne lieu à l'opposant en sous-ordre de se pourvoir, ne tendant qu'à être payé d'une somme, est purement mobilière et ce qui en provient paraîtrait devoir être distribué comme mobilier, suivant l'ordre des saisies ou par contribution au sol la livre, en cas qu'il ne trouvât point dans la collocation utile du créancier de quoi satisfaire à tous les créanciers opposants en sous-ordre ».

HÉRICOURT, op. cit., t. I. Chap. XI, sect. IV, § II.

les immeubles dont le débiteur aurait eu la propriété » (30). Cet élément psychologique était évidemment fort juste mais ne pouvait suffire à la justification d'une thèse qui se heurtait à une impossibilité absolue : la constitution d'hypothèque n'ayant jamais été et ne pouvant pas être translatrice de propriété, le créancier hypothécaire ne pouvait consentir à ses créanciers aucun droit réel sur l'immeuble qui lui était hypothéqué.

HÉRICOURT se rapprochait ainsi de très près de la théorie romaine du « *pignus pignoris* », mais il commettait la même erreur d'interprétation que BASNAGE (31). D'après l'adage romain « *pignus pignori dari potest* », le créancier gagiste pouvait, en Droit Romain, consentir un nouveau gage sur le bien qu'il avait en sa possession, mais le créancier hypothécaire ne pouvait pas consentir une nouvelle hypothèque sur le bien qui lui avait été hypothéqué parce qu'il n'en avait pas la propriété ; il ne pouvait offrir en garantie de sa dette que le droit qu'il avait sur ce bien en consentant à ses créanciers un « *pignus pignoris* », hypothèque de l'hypothèque. C'est en redonnant à l'adage romain sa véritable portée que POTHIER a pu fournir une base vraiment juridique à la pratique du sous-ordre telle que la concevait, dans sa jurisprudence, le Parlement de Paris.

POTHIER distinguait de la créance le droit d'hypothèque qui y était attaché. Si « la créance est un droit contre la personne du débiteur, l'hypothèque est un droit dans les biens qui sont hypothéqués... un droit dans des héritages et, par conséquent, immobilier ». Parce qu'immobilier, ce droit d'hypothèque était lui-même susceptible d'hypothèque et faisait partie du gage des créanciers à hypothèque générale. Par l'opposition en sous-ordre, ce n'était point la créance mobilière qui était saisie-arrêtée mais bien le droit

(30) HÉRICOURT. — Op. cit., t. I, Chap. XI, sect. IV, § II.

(31) Voir : Supra, p. 25 et 26, note 1.

d'hypothèque. La somme, pour laquelle le créancier hypothécaire, débiteur des créanciers opposants en sous-ordre, allait être colloqué dans l'ordre, était le montant de sa créance personnelle contre le saisi, « mais elle était aussi le prix de l'hypothèque et c'est en tant qu'elle était le prix de son hypothèque qu'il était colloqué dans l'ordre ».

Une conséquence logique découlait de ces considérations : les créanciers opposants en sous-ordre qui avaient saisi, par leur opposition, le droit d'hypothèque, droit immobilier, qu'avait leur débiteur dans l'immeuble saisi, devaient être colloqués dans le sous-ordre « chacun selon le rang de l'hypothèque qu'il avait dans le droit d'hypothèque de leur débiteur commun et dont la collocation à l'ordre était le prix » (32).

Une fois le décret « clos et scellé », l'opposition en sous-ordre ne pouvait plus produire les mêmes effets : on ne pouvait plus saisir le droit d'hypothèque qui avait été purgé par le décret. Ainsi s'expliquaient les différents systèmes de collocation des opposants en sous-ordre suivant le moment où leur opposition avait été formée. Après la clôture du décret, l'opposition ne portait plus que sur une créance et ne pouvait donner lieu qu'à une distribution par contribution (33).

L'explication fournie par POTHIER formait un tout par-

(32) POTHIER, — Coutume d'Orléans, Introduction au titre XXI, § XVII, n° 141.

POTHIER, — Traité de Procédure civile, IV^e Partie, Chap. II, art. 12, § 3.

(33) « Si les créanciers de ce créancier (colloqué dans l'ordre) ne s'étaient pourvus que depuis le décret, par saisie-arrêt de la somme pour laquelle il a été colloqué, cette somme se distribuerait effectivement comme une chose mobilière au marc la livre entre tous, mais s'étant opposés au décret de l'héritage pour venir en sous-ordre de la somme pour laquelle leur débiteur serait colloqué, c'est le droit d'hypothèque qu'avait leur débiteur commun à l'héritage saisi qu'ils ont saisi un droit dans l'héritage, un droit par conséquent immobilier. c'est pour cette raison qu'ils doivent venir par ordre d'hypothèque, suivant la règle « *pignus pignori dari potest* ».

faitement logique qui n'offrait aucun point faible à la critique. Son argumentation était inattaquable. Le sous-ordre était véritablement un ordre accessoire ouvert sur le prix du droit d'hypothèque représenté par la collocation à l'ordre du créancier du saisi.

POTHIER admettait ainsi deux nouveautés sans précédent en Droit Coutumier : il plaçait l'hypothèque parmi les immeubles fictifs à côté de l'usufruit, de l'emphytéose, des offices et des rentes ; il admettait surtout que « le droit d'hypothèque était lui-même susceptible d'hypothèque » (34)

Remarquons cependant que la formule nouvelle n'avait pas, dans la pensée de POTHIER, la portée que lui donneraient volontiers nos habitudes modernes de langage. Si l'hypothèque devenait susceptible d'hypothèque, ce n'était qu'au profit de ceux auxquels tous les biens du débiteur étaient engagés ; jamais il n'avait été question d'hypothéquer spécialement un droit d'hypothèque à l'instar des immeubles réels où fictifs (35).

L'hypothèque de l'hypothèque, telle que la concevait POTHIER, était liée à l'hypothèque générale et à la pratique du sous-ordre.

(34) POTHIER. — Traité de l'hypothèque, Chap. I, Sect. II, § 1.

(35) BEUDANT. — De la subrogation aux droits d'hypothèque et du sous-ordre, n° 33. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1866.

CHAPITRE III

DISPARITION DU SOUS-ORDRE DANS NOTRE LEGISLATION MODERNE

§ 1. — LE DROIT INTERMEDIAIRE

La loi du 9 Messidor an III assurait la publicité des hypothèques en prescrivant leur inscription sur un des registres du Conservateur : le registre des inscriptions hypothécaires sur lequel on mentionnait également la délivrance des cédules. C'était la date des inscriptions qui servait, dès lors, dans l'ordre, à établir le rang de collocation de chaque créancier hypothécaire.

Le créancier en sous-ordre formait son opposition au bureau des hypothèques. Il en était fait mention sur le registre des cessions de créances hypothécaires et des oppositions en sous-ordre, tenu en exécution de l'article 88 de la loi du 9 Messidor. Le créancier opposant devait produire, à l'appui de sa demande, les titres justificatifs de sa créance contre le créancier direct et faire éllection de domicile au lieu de résidence du Conservateur des Hypothèques.

Après l'adjudication, les créanciers en sous-ordre pouvaient, chaque fois qu'ils y avaient intérêt, se substituer au créancier direct, leur débiteur, pour accomplir les formalités nécessaires et répondre aux contestations que pouvaient formuler les co-créanciers du saisi.

C'était encore, comme par le passé, le même magistrat, en fait le juge de paix, qui était compétent à la fois pour régler l'ordre et le sous-ordre ; mais les deux procédures étaient bien distinctes et aucun retard ne pouvait être apporté à la distribution des deniers entre les créanciers colloqués dans l'ordre par le règlement du sous-ordre.

La loi du 9 Messidor n'apportait pas de changements notables aux règles de forme du sous-ordre de notre Ancien Droit ; par contre, elle en modifiait à un tel point le fond que le sous-ordre ne désignait plus « que l'attribution faite au marc le franc, entre les créanciers hypothécaires ou chirographaires sans distinction, des deniers provenant de la collocation utile de leur débiteur commun ». Voici, en effet, les termes de l'article 90 de cette loi : « Dans le concours de plusieurs opposans en sous-ordre sur le même débiteur, en cas d'insuffisance pour les solder, il n'y a lieu à aucune distinction, aucune préférence, ni ordre d'hypothèque sur les deniers qui lui appartiennent, lesquels doivent être distribués entre eux au marc la livre ».

Le sous-ordre devenait dès lors une véritable procédure de distribution par contribution.

L'hypothèque des meubles, et particulièrement des créances, qui servait de fondement au sous-ordre dans le Midi de la France, n'est pas admise par la loi de Messidor. L'hypothèque de l'hypothèque, admise par POTHIER, recevait une condamnation aussi formelle (1). Le législateur, tout

(1) Art. 6. — « A l'égard des biens meubles, ils ne peuvent être l'objet d'aucune hypothèque, sans préjudice toutefois du droit de suite pour cause de revendication ».

Art. 5. — « Sont seuls susceptibles d'hypothèque: 1° La propriété des biens territoriaux étant dans le commerce ou pouvant être aliénés,

en condamnant une jurisprudence qui avait été suivie dans tout le nord de la France, à l'exception des pays soumis à la juridiction du Parlement de Bourgogne, ne fournissait aucune explication pour justifier sa position. Nous en sommes donc réduits à supposer que le désir de simplification qui dominait toute la loi de messidor a été cause aussi du rejet de la distribution en sous-ordre par rang d'hypothèque, source de bien des retards et de nombreux procès.

La loi du 11 Brumaire an VII ne contenait aucune disposition concernant le sous-ordre. Ce silence fut diversement interprété. Pour certains, les intentions du législateur étaient indiscutables : la pratique du sous-ordre, telle que nous l'avons étudiée dans l'Ancien Droit, supposait l'existence de l'hypothèque du droit d'hypothèque ou de l'hypothèque des créances ; or, la loi du 11 Brumaire ne citait pas ces biens comme étant susceptibles d'hypothèque (article 6). Pour d'autres, au contraire, les règles de notre Ancien Droit subsistaient, c'est ce que décidait, par exemple, le Tribunal d'Appel de Paris dans un arrêt du 15 frimaire an XII (2).

§ 2. — LE CODE DE PROCEDURE CIVILE

Dans notre législation actuelle, le seul texte qui réglemente le sous-ordre est l'article 775 du Code de Procédure Civile : « Tout créancier peut prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur, mais le montant de la collocation du débiteur est distribué comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre ».

de leurs accessoires inhérens ou établis à perpétuelle demeure.... 2^e l'usufruit des mêmes biens... »

Loi du 9 Messidor, an III, rapportée dans DEVERGNIER. Collection des lois, d'écarts et ordonnances, tome VIII, p. 152.

(2) S. an XII-2-166.

Ce texte est, dans sa brièveté, très imprécis. Il laisse dans l'ombre et la forme et les effets soit de l'opposition, soit de l'inscription prise par le créancier du créancier hypothécaire, aux lieu et place de son débiteur ; une seule chose est évidente et fort claire : la condamnation que formule ainsi le législateur de la théorie de POTHIER : « la collocation du débiteur est distribuée comme chose mobilière ». Si le législateur n'avait pas voulu, une fois de plus, condamner l'hypothèque en sous-ordre, cette précision était vraiment inutile, puisqu'il s'agissait, en fait, de la distribution d'une somme d'argent. Nous ne trouvons cependant, ni dans les travaux préparatoires du Code de Procédure, ni dans ceux de la loi du 21 mai 1858, aucune justification pour nous indiquer les raisons sur lesquelles le législateur a appuyé sa décision.

La première partie de l'article 775 n'est qu'une application de l'article 1166 du Code Civil, la deuxième partie est moins précise et fut, en raison même de son imprécision, la source de nombreuses controverses.

Si l'inscription d'une hypothèque est requise par un créancier du créancier hypothécaire en vertu de l'article 1166, C. Civ., aucun doute n'est possible ; il s'agit bien simplement d'une mesure conservatoire et les créanciers à terme ou à condition pourront la requérir aux lieu et place de leur débiteur. L'article 775, C. P. C., mettant sur un pied d'égalité les créanciers qui ont requis inscription et les créanciers opposants, on peut se demander si l'opposition étant une mesure d'exécution, il n'en est pas de même pour l'inscription requise en vertu de l'article 775 C. P. C. C'est ce qu'ont soutenu OLLIVIER et MOURLON (3), qui pré-

(3) OLLIVIER et MOURLON. — Commentaire de la loi portant modification des articles du Code de Procédure Civile sur les saisies immobilières et sur les ordres, n° 557, p. 772. — CUCHE soutient mais plus timidement la même théorie dans son Précis des Voies d'exécution et des procédures de distribution, n° 361, p. 335.

tendent que « si les créanciers, par les soins desquels la créance colloquée a été inscrite et que la loi appelle créanciers inscrits, ont les mêmes droits que les créanciers opposants, c'est qu'évidemment l'inscription effectuée à leur requête vaut opposition ». De cette opinion, ils déduisent des conséquences qui semblent logiques, en décidant que par l'inscription de l'hypothèque de son débiteur, le créancier inscrivant frappe d'indisponibilité non seulement cette hypothèque mais aussi la créance qu'elle garantit. Par la seule inscription, le créancier aboutirait au même résultat que s'il avait pratiqué une saisie-arrêt et s'il l'avait dénoncée au Conservateur des Hypothèques pour s'opposer à la radiation ou à la mainlevée de l'hypothèque garantissant le paiement de la créance saisie-arrêtée.

Nous estimons avec GARSONNET et CÉZAR-BRU que l'inscription ne saurait avoir de tels effets (4). Le créancier, qui requiert inscription, ne fait qu'exercer les droits de son débiteur, celui-ci reste entièrement maître de sa créance et de l'hypothèque qui la garantit.

L'article 775, C. P. C., est placé dans le titre quatorzième du Livre V de notre Code de Procédure qui a pour but de réglementer l'ordre ; c'est dans le cadre de la procédure d'ordre qu'il convient de l'interpréter. L'opposition en sous-ordre n'est possible qu'après l'ouverture de l'ordre, l'inscription ne peut valoir opposition que quand celle-ci peut être effectuée. Avant l'ouverture de l'ordre, l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire des droits du débiteur, du jour de l'ouverture de l'ordre, cette inscription, en vertu de l'article 775 C. P. C., vaudra opposition. Le législateur veut ainsi dispenser le créancier diligent, qui a requis inscription de l'hypothèque de son débiteur, d'avoir à s'opposer en sous-ordre.

(4) GARSONNET et CÉZAR-BRU. — Traité théorique et pratique de procédure, t. V, n° 681, p. 519.

L'opposition en sous-ordre par un créancier non inscrit peut être réalisée par une simple intervention, lors de la réunion en vue de la tentative d'ordre amiable ou par une production régulière déposée au cahier de l'ordre, dans l'ordre judiciaire ; comme cette production n'est point soumise à la forclusion de l'article 754 C. P. C., il est d'un usage général d'admettre que la demande de collocation en sous-ordre peut être formulée par un simple dire au cahier de l'ordre. Si cette demande est formulée avant le règlement provisoire, elle devra être dénoncée au créancier direct. Si elle est formée après le règlement provisoire, non seulement elle devra être dénoncée au créancier direct mais aussi aux autres opposants qui ont été déjà sous-colloqués. On comprend, en effet, que ces derniers soient intéressés à connaître et à pouvoir contester une demande qui peut avoir pour effet de réduire la somme qui leur sera attribuée dans le sous-ordre.

Toutes ces mesures n'ont qu'un but de publicité ; or, cette publicité est assurée par l'inscription prise par le créancier au profit de son débiteur, créancier direct. Le créancier inscrivant figure, en effet, dans l'inscription et sera sommé par l'avoué du poursuivant d'avoir à produire à l'ordre (art. 753, C. P. C.) ; son existence, par cela même, sera connue de toute partie intéressée et c'est avec raison que le législateur établit dans l'article 775 C. P. C., une égalité de droits entre les créanciers inscrits et les créanciers opposants.

Les créanciers inscrits et opposants seront parties à l'ordre, ils pourront y défendre les droits de leur débiteur commun, tant à l'égard de l'adjudicataire ou de l'acheteur pour l'établissement du prix qui doit être mis en distribution, qu'à l'égard de tout autre créancier produisant à l'ordre.

Le montant de la collocation du débiteur commun, à l'exclusion des frais de production et de bordereau, distraits au profit de son avoué, sera distribué entre tous les

créanciers inscrits ou opposants au prorata de leurs créances, si elles sont de même nature. Il est évident, en effet, que les créances privilégiées devront recevoir une collocation par préférence. S'il existe un cessionnaire amiable ou un créancier ayant obtenu à son profit le transport judiciaire de la créance du débiteur commun, il est également d'évidence qu'ils devront recevoir collocation en raison de la préférence que leur confère leur qualité de cessionnaire, ainsi qu'il est de règle en matière de distribution par contribution. Le créancier inscrivait qui aura permis, par l'inscription prise, la collocation, à un rang utile, du débiteur commun, doit être fondé à recouvrer, par privilège, le montant des frais exposés pour l'inscription qui a indistinctement profité à tous les co-créanciers. Il semble, en effet, que ce privilège rentre dans le cadre de l'article 2101, 3^o du Code Civil (privilège des frais pour la conservation de la chose).

L'article 775 C. P. C., accorde « in fine » aux créanciers opposants avant la clôture de l'ordre une préférence à l'encontre de tout créancier même privilégié qui pourrait se manifester une fois l'ordre clos. Si, en même temps que l'ordre, le sous-ordre a été clôturé, si les créanciers colloqués en sous-ordre ont reçu un bordereau de collocation, cette préférence ne peut pas être discutée. Les créanciers colloqués ont, en effet, contre le débiteur, un droit direct résultant du bordereau qui leur a été délivré et qui, aux termes d'une jurisprudence constante, n'opère pas novation de créance mais consacre les droits des bénéficiaires sur le prix de vente ou d'adjudication, objet de l'ordre. Si la créance, sur laquelle le sous-ordre a été ouvert, n'est pas entièrement absorbée par les créanciers inscrits ou opposants colloqués, les créanciers qui se manifesteraient après la clôture de l'ordre et du sous-ordre, ne seraient fondés qu'à frapper le reliquat, dont bénéficieraient encore le créancier direct, de saisie-arrêt entre les mains de l'ache-

leur ou de l'adjudicataire, débiteur du prix en distribution. Mais le sous-ordre peut être disjoint de la procédure d'ordre. Supposons qu'il y ait eu des oppositions en sous-ordre après le règlement provisoire et qu'il s'élève des difficultés concernant les seules collocations demandées par ces oppositions, lors du règlement définitif. Le juge, commis aux ordres, dressera un état définitif, dans lequel il colloquera la créance, objet du sous-ordre, à tel rang et pour telle somme dont il ordonnera le versement à la Caisse des Consignations, il fera délivrer des bordereaux de collocation aux autres créanciers utilement colloqués dans l'ordre et renverra à se pourvoir, devant qui de droit, les créanciers inscrits ou opposants en sous-ordre qui n'ont pu se mettre d'accord. Ainsi, l'ordre est bien clos, seul le sous-ordre se poursuit. Dans cette hypothèse et en vertu des termes mêmes de l'article 775 C. P. C., les créanciers inscrits ou déjà opposants seront préférés à tout créancier du même débiteur pouvant alors intervenir. Il semble qu'il y ait une injustice à prononcer une forclusion à l'encontre des créanciers qui n'ont reçu aucun avis et qui ont pu n'apprendre, qu'après la clôture de l'ordre, la collocation utile de leur débiteur (5). Il est certain, cependant, que les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de

(5) C'est sur ce fait que se basaient MM. les avoués de Paris pour demander, dans leurs observations sur le projet de loi du 21 mars 1858, la suppression de l'article 775 comme établissant, contrairement au droit commun, un privilège en faveur des créanciers opposants. La somme grevée d'opposition, disaient-ils, doit devenir l'objet d'une contribution dans laquelle seront appelés tous ceux qui ont des droits à exercer. Jusqu'au règlement provisoire de cette distribution nouvelle, les créanciers peuvent produire: il ne serait pas juste d'exclure ceux qui ne se sont pas fait connaître encore et de leur appliquer une déchéance contraire au droit commun.

Le Conseil d'Etat et le Corps législatif n'ont pas été touchés par ces observations, ils ont conservé l'ancien art. 775, dans la loi de 1858.

Voir: GARSONNET et CEZAR-BRU, t. V, p. 527. — SELIGMANN: Explication de la loi du 21 mai 1858 sur les articles modifiés des saisies-immobilières et sur la procédure d'ordre, n° 601.

l'ordre, ont, par leurs oppositions, empêché leur débiteur de toucher sa collocation. Le règlement de l'ordre, en ordonnant le versement de cette collocation à la Caisse des Consignations, a statué globalement sur leurs droits bien qu'un désaccord se soit élevé entre eux pour la répartition de son montant. Ce désaccord, qui prolonge anormalement le sous-ordre, ne saurait profiter aux autres co-créanciers qui ne sont pas encore intervenus. Pour cette raison, nous estimons que le privilège, édicté par l'article 775 C. P. C. in fine, est le juste prix de la diligence des créanciers opposants avant la clôture de l'ordre.

Les quelques règles du sous-ordre que nous venons d'examiner, nous montrent suffisamment que la nature de cette procédure a été profondément modifiée par notre loi actuelle, si on la compare avec ce qu'elle était dans notre Ancien Droit. Son appellation de sous-ordre peut être aujourd'hui considérée comme impropre. Il ne s'agit plus, en effet, d'un ordre accessoire, mais d'une distribution par contribution ouverte sur la collocation d'un créancier à un ordre. Il paraît cependant difficile de trouver une dénomination qui remplacerait celle de sous-ordre, c'est en réalité une distribution par contribution sur des droits admis dans l'ordre.

De cette étude sommaire, il résulte encore que, par le jeu de la procédure du sous-ordre, un créancier non privilégié ne peut faire valoir aucun droit préférentiel sur les créances même hypothécaires de son débiteur.

Serait-il donc impossible à un débiteur d'appuyer son crédit sur ses créances hypothécaires, lorsqu'il ne peut s'en dessaisir par une cession ou par un nantissement ?

La pratique notariale a résolu le problème par la création d'une convention actuellement particulière au droit français : la subrogation à l'hypothèque. Les créanciers du créancier colloqué dans un ordre, s'ils sont subrogés à l'hypothèque que celui-ci peut y faire valoir, viennent, non

plus en sous-ordre, mais directement à l'ordre, se prévaloir, sur la collocation du subrogeant, de droits de priorité paraissant incompatibles avec la nature mobilière de celle-ci et qui leur permettront de recevoir collocation, non plus au prorata de leurs créances, mais selon la date de l'acte leur consentant la subrogation. L'institution de la subrogation à l'hypothèque ressuscite la pratique du sous-ordre telle que l'avait expliquée POTHIER. Pour celui-ci, en effet, les opposants en sous-ordre venaient directement à l'ordre, leur opposition était une opposition indirecte à fin de conserver (6). Si, par la suite, le sous-ordre a été disjoint de l'ordre, c'était uniquement pour ne point faire supporter à des créanciers du saisi, les frais de la procédure du sous-ordre (7). La collocation du débiteur commun était répartie entre les opposants en sous-ordre selon la date de leur hypothèque générale, comme elle l'est aujourd'hui entre les subrogés à l'hypothèque selon la date de leur subrogation.

Le législateur a été amené à établir des règles particulières pour la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. En édictant, par la loi du 23 mars 1855 (art. 9), des règles d'authenticité et de publicité semblables à celles de notre régime hypothécaire, le législateur a renforcé l'analogie entre la subrogation à l'hypothèque et ce que pourrait être de nos jours l'hypothèque de l'hypothèque. C'est ce que nous allons mettre en lumière en étudiant, dans les développements qui vont suivre, les applications pratiques et les effets de la subrogation à l'hypothèque.

(6) POTHIER. — Traité de procédure civile, IV^e Partie, Chap. II, § 3.

(7) Voir Supra, p. 33.

DEUXIEME PARTIE

LES APPLICATIONS MODERNES DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHEQUE ⁽¹⁾

La subrogation à l'hypothèque n'est pratiquement utilisée que lorsqu'elle a pour objet l'hypothèque légale de la femme mariée. Les raisons de cette exclusivité se déduisent facilement de la situation même de la femme mariée qui, seule, pourra avoir intérêt à faire bénéficier des tiers de cette convention.

(1) Suivant une méthode plus juridique, il eût été, peut-être, préférable de rechercher d'abord qu'elle était la nature juridique de la subrogation à l'hypothèque, pour en étudier ensuite les applications modernes et en dégager les effets. Si nous nous proposons d'étudier, dans cette deuxième partie, les effets de la subrogation à l'hypothèque, c'est que ces derniers ont été consacrés par une jurisprudence désormais fixée et reconnus par une doctrine à peu près unanime, alors que les auteurs sont encore loin d'être absolument d'accord sur la nature juridique de la subrogation à l'hypothèque. Il nous a paru, d'une méthode plus scientifique, de dégager de ce qui peut être aujourd'hui considéré comme définitivement établi, ce qui est encore l'objet de nombreuses controverses.

Lorsqu'en effet, la créance hypothécaire sur laquelle on veut appuyer son crédit, est certaine et déterminée, le créancier ne se contentera pas d'une simple subrogation à l'hypothèque, mais il exigera soit un nantissement, soit même une cession en paiement de sa créance. La subrogation ne présentera un intérêt pratique que lorsque la créance, garantie par l'hypothèque en faisant l'objet, sera indéterminée. Ce sera le cas des créances garanties par une hypothèque légale.

Mais quel que soit le bénéficiaire de la créance garantie par une hypothèque légale, la subrogation n'aura pour le subrogé un intérêt pratique bien réel que si elle est accompagnée d'une créance certaine du subrogeant. Il faudra, en outre, que celui-ci ait des intérêts communs avec son débiteur qui le poussent à le faire bénéficier des possibilités de crédit résultant de ses créances hypothécaires. La subrogation pure et simple à l'hypothèque garantissant une créance indéterminée, présente pour le bénéficiaire la même incertitude que la cession de la créance elle-même. Le seul cas vraiment pratique de convention de subrogation à l'hypothèque est bien, en fait, présenté par la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. La subrogation consentie par la femme à un créancier de son mari portera au moins, comme nous le verrons par la suite, sur l'hypothèque légale garantissant une créance déterminée : le droit à indemnité de la femme qui s'oblige en faveur de son mari.

Les possibilités de crédit qui peuvent résulter de la subrogation à l'hypothèque devront profiter en fin de compte, non point au créancier hypothécaire, mais à son débiteur ; il est, par conséquent, indispensable pour que la subrogation présente un avantage pratique pour le subrogeant, qu'il existe entre lui et son débiteur une communauté d'intérêts. Les intérêts du tuteur, par exemple, ne sont en rien liés à ceux du mineur ; par contre, ceux de la femme

se confondent le plus souvent avec ceux du mari. Le Code Civil, rédigé suivant des théories très individualistes, les a considérés dans leur opposition, en fait, cependant, les intérêts de la femme et ceux du mari se confondent avec les intérêts de la famille.

La subrogation à l'hypothèque peut, sans doute, être consentie par n'importe quel créancier hypothécaire, régulièrement habilité s'il y a lieu, mais le seul cas où cette convention offre un intérêt vraiment pratique est celui où elle a pour objet l'hypothèque légale de la femme mariée.

La doctrine est unanime à reconnaître que les principes régissant les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée doivent également s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer les effets d'une subrogation à une hypothèque quelconque (2).

La subrogation n'est point la seule convention dont soit susceptible l'hypothèque, elle peut être également l'objet d'une renonciation, d'une promesse d'abstention, d'une cession d'antériorité. Nous serons amené à étudier, toujours à propos de l'hypothèque légale de la femme mariée, les effets que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent à ces conventions pour les différencier nettement de la subrogation à l'hypothèque.

De plus, lorsque ces conventions sont consenties par une femme mariée, se pose la question de leur validité, qui est à la fois fonction de la capacité reconnue par le législateur à la femme mariée sous les divers régimes matrimoniaux et de la nature même du droit d'hypothèque.

(2) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, T. XIII, n° 1303, p. 650.

CHAPITRE PREMIER

LA PRATIQUE DES CONVENTIONS SUR L'HYPOTHEQUE LEGALE DE LA FEMME MARIÉE

§ 1. — HISTORIQUE

Notre Ancien Droit n'a pas connu les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée ; cette institution était rendue inutile par la pratique du sous-ordre. Le but des subrogations à l'hypothèque est, comme nous le verrons, de créer des droits préférentiels sur l'émolument de l'hypothèque au profit de certains créanciers : or, dans notre Ancien Droit, par la pratique du sous-ordre, l'émolument de l'hypothèque de la femme était distribué par rang d'hypothèque entre tous ses créanciers opposants en sous-ordre.

Il est intéressant de remarquer que cette règle n'était pas seulement admise par les Coutumes qui permettaient la collocation par rang d'hypothèque, mais qu'expressé-

ment stipulée dans la Déclaration du 30 novembre 1681 (1), elle était suivie par toutes les juridictions du Royaume.

Le simple concours de la femme, régulièrement autorisée, à un acte d'obligation contractée par le mari, avait comme résultat de permettre au créancier en bénéficiant de venir en sous-ordre sur l'émolument de l'hypothèque de la femme mariée, si l'acte d'obligation était notarié. Il en résultait, en effet, une hypothèque générale sur les biens du mari comme sur ceux de la femme. Le créancier du mari, devenu créancier hypothécaire de la femme, pouvait venir en sous-ordre sur les reprises matrimoniales de celle-ci (2). Malgré la condamnation de la pratique du sous-ordre, tel que l'avait connu notre Ancien Droit, et bien qu'une hypothèque générale ne résultât plus d'un acte notarié, les praticiens voulurent que le concours de la femme à un acte d'obligation du mari eût, pour le créancier de celui-ci, le même résultat que par le passé, c'est-à-dire que ce concours lui permit d'être préféré aux créanciers postérieurs dans la distribution des reprises matrimoniales de sa débitrice. Ce résultat fut atteint par la convention de subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Le Code Civil ne prévoit pas cette institution. Jusqu'en 1850, sa légalité fut discutée. Il semblait, en effet, que l'esprit dans lequel le Code avait institué l'hypothèque légale de la femme mariée, ne permettait pas que celle-ci pût en céder le bénéfice à des tiers. Il paraissait qu'un texte eût été nécessaire pour autoriser la femme à se dépouiller d'une garantie qui lui avait été accordée par des considérations d'ordre public (Arg. art. 6 du C. Civ.),

(1) Voir le texte de cette déclaration, *Supra*, p. 27, note 4.

(2) POTHIER. — Traité de la communauté, n° 766. Le consentement de la femme à l'aliénation d'un immeuble consentie par le mari renfermait une remise tacite de son droit d'hypothèque ou tout au moins l'assurance pour le tiers acquéreur qu'elle ne l'exercerait pas contre lui.

POTHIER. — Traité de l'hypothèque, p. 492.

§ 2. — VALIDITE DE CES CONVENTIONS CONDITIONS DE FORME ET DE PUBLICITE

Par l'hypothèque légale qu'il reconnaît à toute femme mariée sur les biens présents et à venir de son mari, le législateur veut garantir la restitution de la dot sur laquelle, durant le mariage, le mari a un pouvoir d'administration plus ou moins étendu. Considérant la femme incapable de sauvegarder ses intérêts, le législateur la dispense, tant que dure le mariage, d'avoir à requérir l'inscription de cette hypothèque, dont le rang ne dépendra que de l'ancienneté de la créance garantie. Elle frappe tous les biens immeubles présents et à venir du mari ; cependant, elle peut, par sa généralité, constituer une garantie excessive pour les intérêts de la femme, s'il existe une disproportion trop grande entre l'importance des immeubles grevés et celle des créances dont elle garantit le recouvrement : aussi le Code permet-il aux époux d'en réduire l'étendue soit par contrat de mariage (art. 2140, C. Civ.), soit durant le mariage, si les époux n'ont pas usé de cette faculté dans leur contrat matrimonial. Le mari peut, en effet, demander à la justice le cantonnement de cette hypothèque sur certains de ses immeubles : non seulement le consentement de la femme est nécessaire, mais encore l'avis des quatre plus proches parents de celle-ci doit être demandé, bien qu'il n'entraîne pas obligatoirement l'adhésion du Tribunal ; il faut, de plus, pour que la demande du mari soit admise, que la valeur de ses immeubles soit notoirement plus considérable que celle de la fortune actuelle de la femme et des successions qui peuvent lui advenir (art. 2144 et 2145, C. Civ.).

Les formalités imposées aux époux pour leur permettre de réduire l'étendue de l'hypothèque légale, prouvent l'inté-

rêt que porte le Code à sa conservation. On conçoit donc facilement que la jurisprudence ait condamné tout d'abord les cessions ou subrogations consenties par la femme à son hypothèque légale même au profit d'un tiers (3). Ces conventions ont, en effet, pour résultat d'accroître toujours le crédit du mari en dépouillant la femme d'une garantie que le législateur a jugée indispensable pour lui permettre le recouvrement des créances nées à son profit des apports réalisés par contrat de mariage ou des actes d'administration du mari sur les biens propres de sa conjointe ou sur ceux de la communauté. Elles amoindrissent l'efficacité de l'hypothèque légale : quand la femme consent une cession de priorité, et réalisent son cantonnement : lorsque la femme, par un acte de désistement, renonce à exercer contre un tiers le droit de suite que lui donne son action hypothécaire ; elles aboutissent donc, en fait, à une réduction de la sûreté accordée par le Code à la femme mariée. La jurisprudence n'admettait pas que la simple intervention d'un tiers, qui pouvait n'être qu'un créancier simulé, permît aux époux d'échapper aux prescriptions impératives des articles 2144 et 2145 du Code Civil.

Cette jurisprudence ne pouvait pas cependant être maintenue. Si les articles 2144 et 2145, C. Civ. imposent aux époux des formalités spéciales pour la réduction de l'hypothèque légale, c'est uniquement dans le cas où cette réduction est demandée par le mari dans son unique intérêt. Hormis ce cas, il fallait reconnaître à la femme, régulièrement autorisée, la pleine capacité que lui accorde le Code Civil. La femme mariée, si elle est autorisée par son mari ou par justice, peut, en effet, « donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux » (art. 217, C. Civ.) ; hors les cas prévus par la loi, la femme ne doit pas être considérée comme incapable (art. 1124, C. Civ.), elle peut

(3) Dijon, 3 février 1821 et sur pourvoi. Req. 9 janv. 1822, S. 23-1-6.

done contracter librement (art. 1123, C. Civ.), et on ne conçoit pas, qu'elle ne puisse renoncer à son hypothèque légale si ce n'est pas à la demande et au profit exclusif de son mari. C'est ce que reconnut, dès 1823, la Cour de Cassation (4).

De la mesure de protection des intérêts de la femme, la pratique a fait un instrument de crédit pour le mari : il pourra, avec le concours de sa femme, offrir à ses créanciers le rang privilégié de l'hypothèque de celle-ci. Le premier responsable de cette inconséquence est le législateur qui l'a permise. Son idée de l'incapacité de la femme mariée est un amalgame de Droit Romain et de Droit Coutumier. Le Droit Romain voyait dans la femme un être incapable en raison de son sexe même ; de la puissance du « pater familias », elle passait sous celle du mari et, devenue veuve, retombait sous la tutelle de ses plus proches parents masculins : fils ou frère. Le Droit Coutumier ne vit, dans l'incapacité de la femme mariée, qu'une conséquence de l'autorité maritale ; sous l'influence du christianisme, la femme n'était plus considérée comme incapable, elle devait cependant obéissance à son mari, cette subordination était le seul reste du « mundium » germanique. L'incapacité de la femme mariée fut admise par les rédacteurs du Code qui la rattachèrent à la fois à l'idée que la femme était incapable en raison de son sexe et au fait du mariage. Cette conception bâtarde et incohérente devait conduire à des conséquences contradictoires, et nous pouvons y voir l'origine première de l'inconséquence du système de protection appliqué à la femme mariée.

C'est en considérant que la femme était incapable, en raison de son sexe, « propter imbecilatem sexus », que le Code a cru nécessaire de la protéger, non seulement contre son mari, mais contre elle-même, en lui imposant, pour

(4) Civ. 28 juillet 1823, S. 23-1-301.

garantir ses reprises, une hypothèque, qu'elle est dispensée d'inscrire, à laquelle elle ne peut renoncer complètement, au profit de son mari, par contrat de mariage, et qu'on ne pourra réduire, au cours du mariage, qu'en s'entourant de multiples précautions ; mais l'autorisation matrimoniale, ou, à défaut, celle de la justice, l'habilité à un point tel que, par une simple signature, elle pourra anéantir toutes ces mesures de protection.

Si la jurisprudence, en admettant la validité des subrogations et renonciations à l'hypothèque légale de la femme mariée, s'était rangée à l'avis des praticiens, l'ère des discussions ne pouvait être considérée comme close ; tout le monde avait intérêt à ce que le législateur intervint pour reconnaître la validité de ces conventions. C'est ce que fit un décret-loi du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier (articles 8 et 20) (5). Ce décret-loi fut bien modifié par la loi du 10 juin 1853, mais, si l'article 20 du décret-loi disparaissait totalement dans sa rédaction primitive, la validité de la subrogation à l'hypothèque de la femme mariée n'en était pas moins confirmée (6).

Dès lors, la femme mariée, régulièrement autorisée, pouvait, sans aucun doute, comme tout créancier hypothécai-

(5) Décret-loi du 28 février 1852. Bulletin des lois, n° 3930.

Art. 8. — « Nul prêt ne peut être réalisé qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par le titre IV du présent décret pour purger :

1° Les hypothèques légales, sauf le cas de subrogation par la femme à cette hypothèque... »

Art. 20. — « Lorsque la femme mariée est présente au contrat de prêt, elle peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, consentir une subrogation à son hypothèque légale jusqu'à concurrence du montant du prêt ».

(6) Loi du 10 juin 1853. D. 53-4-114.

Art. 5. — « Les sociétés de crédit foncier peuvent user contre l'emprunteur des droits et des voies d'exécution qui leur sont attribués par le décret du 28 février 1852 et par la présente loi, même pour le recouvrement des sommes qu'elles remboursent à un créancier inscrit à fin d'être subrogé à son hypothèque ». Or la femme mariée est un créancier inscrit, pour conserver son hypothèque légale, elle est tenue de la faire inscrire dans un délai de quinzaine (art. 20 modifié).

re, subroger un tiers dans le bénéfice de son hypothèque. L'ordre de préférence des subrogés était déterminé selon la date certaine des subrogations qui pouvaient être consenties par actes sous seing privés ; de plus, les subrogés jouissaient de la même dispense d'inscription que la femme elle-même.

Ce système présentait des dangers considérables et évidents : - pour les tiers subrogés qui, les subrogations restant occultes, ne pouvaient connaître le nombre et l'importance des créances des subrogés antérieurs qui leur seraient préférés ; - pour la femme : celle-ci pouvait subroger un créancier de son mari tout en méconnaissant la portée de l'acte qui, en la dépouillant de la garantie légale attachée à ses créances matrimoniales, en compromettait le recouvrement.

Cédant aux insistances de la pratique, le législateur, par la loi du 23 mars 1855, exigea que les subrogations fussent rendues publiques par l'inscription de l'hypothèque légale prise par le créancier subrogé, ou, s'il y avait déjà eu inscription, par une mention en marge constatant la subrogation réalisée ; ce sera désormais la date des inscriptions et mentions qui déterminera l'ordre de préférence des subrogés. Les subrogations étant soumises à un système de publicité, il était indispensable qu'elles fussent consenties en la forme authentique, l'acte authentique étant la base nécessaire à toute publicité. De plus, en exigeant l'authenticité, le législateur rendait nécessaire l'intervention d'un officier public dont le devoir serait de renseigner la femme sur les conséquences de son acte. Ainsi, d'une part, les tiers pourront apprécier, en toute connaissance de cause, l'importance du crédit dont peuvent bénéficier les époux, et, d'autre part, l'idée de protection de la femme ne sera pas complètement négligée, l'intervention d'un officier public pouvant la mettre à l'abri des abus d'autorité qu'aurait pu exercer le mari.

Les termes généraux de la loi de 1855, qui visent indistinctement « les cessions et renonciations » provoquèrent une vive controverse pour savoir dans quelle mesure les dispositions de la loi pouvaient s'appliquer aux renonciations à l'hypothèque légale au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté.

La forme authentique exigée pour une subrogation au profit d'un créancier était-elle désormais nécessaire pour la renonciation au profit d'un tiers acquéreur, même lorsque la vente était réalisée par acte sous seing privé ?

La renonciation à l'hypothèque légale résultait-elle du simple concours de la femme à l'acte d'aliénation ?

Le tiers acquéreur devait-il, comme le subrogé, rendre publique, par une inscription ou une mention, la renonciation dont il avait bénéficié, pour pouvoir s'en prévaloir à l'encontre des subrogés postérieurs ou des créanciers hypothécaires du mari ?

La solution de ces questions ne pouvait être laissée à la fantaisie de l'interprétation doctrinale ou jurisprudentielle ; une fois de plus, l'intervention du législateur était nécessaire pour assurer la sécurité des transactions immobilières réalisées par le mari avec la participation de sa femme renonçant à son hypothèque légale en tant que celle-ci grevait l'immeuble aliéné.

La loi du 13 février 1889 complète sur ce point l'article 9 de celle de 1855. Si elle exige que toute renonciation à l'hypothèque légale soit consentie par acte authentique, quelle que soit l'importance de l'immeuble aliéné, elle reconnaît que la transcription de l'acte d'aliénation qui contient la renonciation, ou la mention en marge de cet acte si la renonciation a été consentie par acte authentique distinct, assure une publicité suffisante à la sauvegarde des intérêts des tiers. Il aurait été, en effet, illogique de demander au tiers acquéreur de requérir l'inscription d'une hypothèque dont il veut, quant à lui, annihiler les effets.

La loi de 1889 limite enfin les cas de renonciation tacite à ceux dans lesquels la femme concourt à l'acte de vente soit comme co-venderesse, soit comme garante ou caution de son mari. Dans ces trois cas, le juge du fait a un pouvoir souverain d'appréciation pour dire si la femme a bien voulu réaliser ainsi une renonciation à son hypothèque légale, si son concours à l'acte ne peut avoir aucune autre explication. La règle d'interprétation restrictive s'impose ici.

Le législateur, après avoir reconnu la validité des conventions sur l'hypothèque légale de la femme mariée, a été amené, par les efforts de la pratique notariale, à en régler la forme et à en assurer la publicité ; il a laissé dans l'ombre les cas où ces conventions étaient impossibles et leurs effets.

§ 3. -- DE LA CAPACITE REQUISE CHEZ LA FEMME ET DES CAS OU ELLE NE PEUT PAS SUBROGER NI RENONCER

La validité des subrogations ou renonciations à l'hypothèque légale de la femme mariée ne peut faire aucun doute après les interventions du législateur en 1855 et en 1889.

La femme mariée pourra subroger ou renoncer à son hypothèque légale, si elle y est habilitée suivant les règles du Droit Commun. Si elle est majeure, il lui suffira d'y être autorisée par son mari ou, à défaut, par justice. Cette autorisation sera inutile pour la femme séparée de corps (art. 311, C. Cic., modifié par la loi du 6 février 1893), ou pour celle qui, marchande publique, même mineure (art. 487, C. Civ.), s'oblige pour les besoins de son commerce (art. 5, C. Com.) (7). Elle ne sera pas suffisante pour la

(7) PLANIOL, RIPERT et BECCUÉ, op. cit., t. XIII, n° 1375. — AUBRY et RAU, Cours de Droit civil français, § 288 bis, t. III, p. 751. — BAUDRY-

femme mineure qui a été émancipée par le mariage ; sa capacité, sauf les exceptions introduites par la loi du 27 février 1880, ne diffère pas de celle des autres mineurs émancipés. Pour pouvoir subroger ou renoncer à son hypothèque légale, la femme mariée, encore mineure, devra accomplir les formalités imposées au mineur émancipé pour emprunter, aliéner ou hypothéquer ses immeubles ou fournir un cautionnement (art. 483 et 484, C. Civ.). Les subrogations et renonciations à l'hypothèque doivent, en effet, être assimilées à ces actes en raison des dangers qu'elles présentent pour la femme, puisqu'elles sont de nature à compromettre en tout ou en partie le recouvrement de sa créance de reprises (8).

A cause de ces mêmes dangers, la jurisprudence et la doctrine, interprétant l'article 1554 du Code Civil, interdisent à la femme dotale les conventions sur son hypothèque légale en tant que celle-ci garantit la restitution de la dot inaliénable (9). Si cette interdiction n'est formulée nulle part dans le Code Civil, qui n'a pas prévu les subrogations ou renonciations à l'hypothèque, elle se trouve énoncée en termes formels dans l'article 20 du décret-loi

LACANTINERIE et DE LOYNES. Traité de Droit civil: Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, t. II, n° 1042. — L. MERIGNHAC et A. MERIGNHAC. Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée, n°s 31, 41, 54.

(8) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit. XIII, loc. cit. — AUBRY et RAU. — Loc. cit., texte et note 1. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, loc. cit. — L. et A. MERIGNHAC, op. cit., n°s 32 et 192.

(9) Civ. 11 mai 1859, D. 59-1-226, S. 59-1-481; Civ. 2 juillet 1866, D. 66-1-321, S. 66-1-315; Req. 14 nov. 1866, D. 67-1-58, S. 67-1-21; Civ. 17 déc. 1866, D. 67-1-24, S. 67-1-114; Req. 27 avril 1880, D. 80-1-431, S. 80-1-360; Req. 6 déc. 1882, D. 83-1-219, S. 84-1-27; Req. 13 avril 1893, D. 94-1-407, S. 95-1-218, Civ. 15 fév. 1899, D. 99-1-247, S. 99-1-217; Paris 8 mars 1905, D. 1906-2-241. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XIII, n° 1376. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 751. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES op. cit., II, n°s 1043 et 1044. — A. COLIN et CAPITANT. Cours élémentaire de droit civil français, II, p. 913. — THEZARD. Du nantissement, des privilèges et hypothèques, n° 111. — CEZAR-BRU. Dissertation. D. 1905-1-417.

du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier : « La femme peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, renoncer à son hypothèque... ». La loi de 1855 y a fait aussi allusion, mais d'une manière vague, sans se prononcer sur la question : « Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque... » (art. 9). Le texte n'a pas précisé quels étaient ces cas, afin de laisser à la jurisprudence toute liberté pour statuer sur l'inaliénabilité de la dot mobilière qui était encore discutée à cette époque.

La femme dotale pourra cependant avoir recours à ces conventions en tant que son hypothèque légale garantit le recouvrement de ses reprises paraphernales (10) et dans les cas prévus par l'article 1558, C. Civ., où elle est autorisée à aliéner l'immeuble dotal (11). A part ces exceptions, la femme dotale ne pourra jamais subroger ou renoncer à son hypothèque légale, à moins qu'une clause expresse de son contrat de mariage ne l'y autorise en stipulant formellement que la femme pourra subroger ou renoncer à son hypothèque légale. Si seule était prévue la faculté de renoncer à l'hypothèque, la femme dotale pourrait cependant y subroger non seulement un acquéreur d'immeuble de son mari mais aussi un créancier (12). Toute autre clause, même autorisant l'aliénation à charge de remploi des immeubles dotaux (13), l'adjonction au régi-

(10) Montpellier, 4 août 1890, D. 91-2-234, S. 96-1 (sous-Cassation) 319. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XII, n° 1377. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 752. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1044. — GUILLOUARD, Traité des privilèges et hypothèques, IV, n° 1720. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 33, 192.

(11) Req. 24 oct. 1892, D. 92-1-620, S. 92-1-574. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, loc. cit. — AUBRY et RAU, loc. cit. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, loc. cit. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 35, 193.

(12) Grenoble, 15 janvier 1909, D. 1910-2-95.

(13) Civ. 4 juin 1860, D. 66-1-321, S. 66-1-281; Civ. 2 juillet 1866 D. 66-1-322, S. 66-1-315, Civ. 17 déc. 1866, D. 67-1-24, S. 67-1-114; Req. 7 avril 1868, S. 68-1-270; Civ. 15 févr. 1899; D. 99-1-247, S. 99-1-217. PLANIOL, RIPERT et NAST, op. cit., IX, n° 101; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XIII, n° 1377. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 752. — BAUDRY-LA-

me dotal d'une société d'acquêts (14) ne permettraient pas à la femme de renoncer ou de subroger à son hypothèque légale, en tant que celle-ci garantit ses reprises dotales.

La femme dotale qui s'est réservée la faculté de donner mainlevée de son hypothèque au profit de tiers qui traiteront avec son mari ne peut pas valablement subroger à son hypothèque ses propres créanciers (15).

La séparation de biens judiciaire, obtenue par des époux mariés sous le régime dotal, laissant subsister l'inaliénabilité de la dot ne confère pas à la femme le droit de céder ou de renoncer à ses garanties hypothécaires (16).

Sous les autres régimes matrimoniaux : communauté ou séparation de biens, la femme mariée, à la condition d'être régulièrement autorisée, jouira d'une pleine liberté. Elle pourra subroger ou renoncer à son hypothèque légale même si en adoptant le régime de la communauté, elle avait stipulé que ses immeubles ne pourraient être aliénés qu'à charge de remploi ou qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendrait son apport franc et quitte de toutes dettes. Ces clauses n'entraînent pas soumission au régime dotal et laissent à la femme la capacité de s'obliger sur l'ensemble de ses biens (17).

CANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II n° 1044. — GUILLOUARD, op. cit. IV, n° 1722. — Contra: MERIGNAC, op. cit., n°s 34-35.

(14) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XII, n° 493.

(15) Civ. 2 fév. 1870, D. 70-1-385, S. 70-1-284; Civ. 19 nov. 1888, D. 90-1-55, S. 89-1-153; Lyon, 3 févr. 1883, D. 83-2-142; S. 85-2-154; Civ. 27 févr. 1894, D. 94-1-295, S. 94-1-347. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1377. — AUBRY et RAU loc. cit. note 2. — A. COLIN et CAPITANT, op. cit., II, p. 913.

(16) Req. 3 févr. 1879, D. 79-1-246; Req. 27 avril 1880, D. 80-1-431, S. 80-1-360; Civ. 4 juillet 1881, D. 82-1-194, S. 82-1-212. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XIII, n° 1376. — AUBRY et RAU, op. cit. § 288 bis, III, p. 752. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1044. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1721. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 40.

(17) Req. 5 juin 1850, D. 50-1-205; Ch. reun. 8 juin 1858, D. 58-1-233, S. 58-1-417; Civ. 2 déc. 1872, D. 72-1-398, S. 72-1-437; Req. 14 juillet 1879, D. 80-1-328, S. 80-1-448. — PLANIOL, RIPERT et NAST, op. cit., VIII, n° 639-ix, n°s 955 et 957. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XIII, n° 1376. —

Pendant fort longtemps, la jurisprudence a semblé croire que le régime dotal était le seul cas auquel avait fait allusion le législateur de 1855. Par la suite, elle a été amenée à décider que la femme mariée ne pourrait pas renoncer ou céder son hypothèque légale en tant qu'elle garantit certaines de ses créances qui sont inaliénables, comme l'est la dot entre les mains de la femme mariée sous le régime dotal. La subrogation ou la renonciation à l'hypothèque légale sera donc inopérante, quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux, en tant que cette hypothèque garantit la créance alimentaire de la femme contre son mari (18) ou certains droits attachés à la personne et spécialement la créance de la femme pour sa nourriture, son habitation et ses habits de deuil après le décès du mari (art. 1465, 1481, 1570, C. Civ.) (19). Cette solution a soulevé les protestations du notariat comme étant de nature à nuire à la sécurité des transactions, le mari étant mis dans l'impossibilité d'offrir une sûreté absolue à ses ayants-cause, acquéreurs ou créanciers hypothécaires, qui sont menacés de se voir opposer l'hypothèque légale pour la pension alimentaire de la femme, en dépit de la renonciation ou subrogation antérieurement consentie par celle-ci (20).

L'inefficacité des subrogations et des renonciations à l'hypothèque légale en tant que celle-ci garantit le recouvrement de la créance alimentaire de la femme est d'autant

AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 288 bis, III, p. 752-753, texte et note 4 bis. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, II, n^{os} 1045 et 1046. — L. et A. MERIGNAC, *op. cit.*, n^{os} 43 et 44.

(18) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, XIII, n^o 1378. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, n^o 1047. — L. et A. MERIGNAC, *op. cit.*, n^o 43.

(19) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *loc. cit.* — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *loc. cit.* L. et A. MERIGNAC, *op. cit.*, n^o 46.

(20) VOY. MOREAU. — La pension alimentaire et l'hypothèque légale, *Rec. Civ. Juris. classeurs* 1922, p. 81. — LEMAITRE, *Journal des notaires*, 1928, p. 1023. — NAST, *Hypothèque légale de la femme: pension alimentaire Rep. pratique du notariat*, 1930, p. 1.

plus dangereuse pour les bénéficiaires, que ceux-ci, sans en être prévenus, sont, tant que dure le mariage, soumis à cette éventualité. D'après la jurisprudence, la pension alimentaire que le mari a été condamné à servir à sa femme au cas de séparation de corps, est, nonobstant toute renonciation ou subrogation antérieure, garantie par l'hypothèque prenant rang au jour du mariage (21). En cas de divorce, la pension allouée est également, dans l'état de la jurisprudence, garantie à la même date (22) ; la femme divorcée innocente peut, sans doute, avoir subrogé à son hypothèque légale en tant qu'elle garantit la pension qui lui est allouée pour elle-même, à titre indemnitaire, par application de l'article 1382 C. Civ., puisqu'elle peut transiger à son sujet ou même y renoncer (23) ; elle ne saurait avoir cédé ou renoncé à son hypothèque légale en tant que celle-ci garantit la pension allouée pour l'entretien des enfants communs dont la garde lui a été confiée (24). Cette pension revêt incontestablement un caractère alimentaire et est fondée sur l'article 203 du Code Civil, dont les dispositions sont d'ordre public ; de plus, elle constitue bien une créance de la femme contre son mari et son paiement est, par conséquent, garanti par l'hypothèque légale. Le capital

(21) Civ. 12 déc. 1921, D. 1922-1-153, note Capitant, S. 1923-1-353, note Audinet, PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XIII, n° 1378. — GAUDEMET. Personnes et Droits de famille, I et II. *Revue Trimestrielle*, 1922, p. 395. Voir aussi Trib. Civ. Le Mans, 15 juillet 1924, Sir. Rec. somm. 1925, 1887 ; Trib. Boulogne-sur-Mer, 27 février 1925, Gaz. Pal., 4 avril 1925. — Contra : Bordeaux, 24 déc. 1912, S. 1920-2-93.

(22) Trib. civ., Nice, 26 nov. 1923, S. Rec. somm. 1924-1878 ; Paris, 1^{er} juin 1926, S. Rec. somm. 1926-957. Trib. Civ. Pithiviers, 2 juillet 1925, S. Rec. somm. 19266, 677. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XII, n° 477, XIII, n° 1378.

(23) Req., 28 juillet 1903, S. 1905-1-9. — PLANIOL, RIPERT et ROUAST, op. cit., II, n°s 637, 642, 678. PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XIII, loc. cit. — BECQUÉ, Hypothèque légale, pension allouée à la femme en cas de divorce, nullité des renonciations et subrogations. *Revue Critique*, 1926, p. 330.

(24) Dijon, 18 mars 1926. D. H. 1926-357, confirmé par Req., 3 juillet 1928. *Sem. jurid.* 1928-1133. D. H 1928-431.

rendu indisponible pour assurer le service de ces pensions est toujours considérable, et les époux pourront, par la simulation, toujours possible malheureusement, d'un procès en divorce ou en séparation de corps, annihiler totalement, de leur seule volonté, le bénéfice des subrogations et des renonciations à l'hypothèque légale par eux consenties.

Devant la gravité de ce danger, M. CORNU a déposé, sur le bureau de la Chambre des Députés, en décembre 1933, la proposition de loi suivante :

« Article unique. — L'article 2121 du Code Civil est complété comme suit :

» Nonobstant le bénéfice des articles 203, 212 et 301 du Code Civil, *la femme pourra toujours, même pour cause incessible et insaisissable, renoncer définitivement à son hypothèque légale ou judiciaire et à son droit de préférence en faveur des acquéreurs et de leurs ayants cause et subroger aussi valablement dans les mêmes droits tous les prêteurs de fonds au mari, pourvu que ces tiers aient traité de bonne foi et que son régime matrimonial ne s'y oppose pas » (25).*

Le législateur ne s'est pas encore prononcé sur cette grave question, mais l'adoption de ce projet serait contraire à l'esprit du Code Civil qui a rendu certaines créances incessibles et insaisissables dans un but de protection du créancier en bénéficiant. On ne pourrait admettre une

(25) Revue de Procédure 1933, p. 286. Deux autres alinéas de moindre importance suivent : « Toutefois, s'il ne peut être obtenu renonciation ou subrogation à une hypothèque légale connue ou inconnue, les prêteurs pourront purger préalablement à l'emprunt dans les mêmes conditions que les sociétés de crédit bénéficiant de la loi du 10 juin 1853, complétant le décret du 28 février 1852 et de la loi du 5 août 1920, art. 34. 2°.

En dehors de ces cas, les tiers acquéreurs demeurent assujettis pour la purge des hypothèques légales aux formalités prescrites par les articles 2193, 2194 et 2195 du Code Civil et tout droit de préférence sera éteint, après paiement du prix d'aliénation ou encore s'il n'est revendiqué dans les trois mois de l'expiration du délai prescrit par ce dernier article, lors même qu'il ne serait pas ouvert d'ordre sur le prix ».

exception à cette règle, surtout quand il s'agit de la femme mariée qui a été tout spécialement protégée par le législateur. Plutôt que de permettre à la femme de se dépouiller conventionnellement de son hypothèque légale, même lorsque celle-ci garantit le recouvrement de créances incessibles, mieux vaudrait franchement substituer à cette garantie des sûretés plus souples et rendues moins dangereuses pour les tiers en les soumettant au double principe de spécialité et de publicité.

CHAPITRE II

DETERMINATION DES EFFETS DES CONVENTIONS SUR L'HYPOTHEQUE LEGALE DE LA FEMME MARIÉE

La femme mariée, régulièrement autorisée, peut transmettre à ses créanciers, à ceux de son mari ou d'un tiers, par la subrogation à son hypothèque légale, le bénéfice de cette hypothèque. Le créancier subrogé l'exercera au lieu et place de la femme, comme elle l'aurait exercée elle-même, mais seulement jusqu'à concurrence de sa propre créance, pour le recouvrement de laquelle il acquiert ainsi une garantie nouvelle entièrement indépendante de celles qu'il a déjà pu obtenir de son débiteur.

Le créancier du mari, qui a obtenu de ce dernier une hypothèque conventionnelle, peut demander à la femme de lui consentir seulement une simple cession d'antériorité. Cette cession lui permettra de venir à l'ordre à un rang préférable à celui qu'il aurait eu normalement. La femme n'accorde pas ainsi une garantie nouvelle, le créancier du mari viendra à l'ordre en vertu de son hypothèque conven-

tionnelle, une simple interversion de rang entre les deux créanciers hypothécaires du mari résultera de la cession d'antériorité, interversion qui permettra au créancier à hypothèque conventionnelle de venir au rang de l'hypothèque légale.

La femme mariée peut enfin renoncer à exercer son hypothèque légale à l'encontre du tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté.

Subrogation, cession d'antériorité, renonciation extinctive sont les trois conventions que la femme peut être appelée à consentir sur son hypothèque. Elles rentrent, à des degrés différents, dans le cadre de notre étude qui porte, rappelons-le, sur les droits préférentiels qu'un débiteur peut consentir à ses créanciers sur ses propres créances hypothécaires. Si la cession d'antériorité ne porte que sur le droit de préférence, elle constitue cependant une subrogation partielle à l'hypothèque, accessoire de la créance. Il n'en est pas de même de la renonciation extinctive : par cette convention, la femme mariée n'accorde au tiers acquéreur aucun droit particulier sur l'émolument de son hypothèque légale, elle renonce seulement à s'en prévaloir en tant que cette hypothèque grève l'immeuble aliéné. Cependant, la doctrine comme la jurisprudence ont reconnu que cette renonciation pouvait avoir, elle aussi, un effet translatif : d'où la nécessité pour nous de nous demander dans quelle mesure la femme qui renonce à l'exercice de son hypothèque à l'encontre d'un tiers, lui en transmet également le bénéfice.

De plus, la pratique confond trop souvent ces trois conventions en employant indifféremment les termes de « subrogation, cession, renonciation » ; c'est pour les différencier nettement qu'il nous a paru utile d'étudier séparément dans ce chapitre les effets que la doctrine et la jurisprudence ont reconnus à chacune d'elles.

§ 1. — DE LA SUBROGATION

A) DE SES EFFETS

Une idée domine, par ses conséquences, les effets de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée : la subrogation n'est consentie par la subrogeante qu'*en garantie* de la créance du subrogé. L'hypothèque légale, objet de la subrogation, continue à garantir le recouvrement des reprises matrimoniales, dont elle est l'accessoire, comme toute hypothèque est l'accessoire de la créance garantie ; mais l'exercice en est transmis au subrogé en garantie de sa créance personnelle. Celui-ci ne pourra donc exercer l'hypothèque légale de la subrogeante que dans la mesure où il sera créancier du débiteur principal (1). Peu importe d'ailleurs que la créance du subrogé ne soit pas exigible au moment où il se prévaut de la subrogation qui lui a été consentie, pour qu'il puisse, en sa qualité de subrogé, exercer les droits de la femme, il suffira que la créance de celle-ci soit exigible (2).

Suivant un ordre chronologique, nous étudierons les effets de la subrogation tels qu'ils apparaissent lors de la conclusion et au moment de l'exécution de cette convention.

a) *La subrogation constitue une cession de l'émolument de l'hypothèque*

La femme qui subroge un créancier à son hypothèque légale lui cède, jusqu'à concurrence de sa créance, l'émolu-

(1) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., T. XIII, n° 1400, p. 798.

(2) AUBRY et RAU. — Op. cit., § 295, III, p. 904. — BAUDRY-LACANTINIERIE et DE LOYNES, op. cit. III, n°s 2576-2577.

ment devant résulter de l'exercice de l'hypothèque, objet du contrat. Par cette convention, seuls sont engagés le droit d'hypothèque de la femme et la collocation qui, dans l'ordre, doit en résulter. Cependant ce droit d'hypothèque demeure l'accessoire de la créance originellement garantie : le montant de la collocation à obtenir en rang hypothécaire utile dépendra de celui des créances que la femme pourra faire valoir contre son mari. Toute diminution du montant des reprises matrimoniales de la subrogeante aura comme résultat de réduire les droits du subrogé à l'hypothèque légale. Si, par la subrogation, la femme ne cède pas au tiers subrogé ses créances matrimoniales, il résulte cependant de son engagement une certaine indisponibilité de celles-ci, car on ne saurait admettre qu'une des parties à un contrat puisse le rétracter unilatéralement, et, par sa seule volonté, en réduire ou en supprimer l'efficacité (3). Non seulement la subrogeante ne pourra pas consentir à la réduction de son hypothèque légale (art. 2144, C. Civ.), si elle devait ainsi compromettre les intérêts du subrogé (4), mais encore elle ne pourra ni céder ni donner en paiement ou en nantissement ses créances matrimoniales au préjudice de la subrogation antérieurement consentie. Ces actes, dus, le plus souvent, à l'initiative directe et spontanée de la femme, ont pour effet immédiat et unique la destruction totale ou partielle de sa créance et ne sauraient être opposables au subrogé qui a rendu publique sa subrogation (5).

(3) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1399, p. 756.

(4) Bordeaux, 10 août 1853, D. 54-2-26, S. 54-2-98. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 778. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1113. — L. et A. MERIGNHAC, op. cit., n° 107 (6). — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. Cours analytique de Code Civil, IX, 81 bis, XXVI. — THÉZARD, op. cit., n° 107, 3°.

(5) Si un tiers prétendait qu'une créance de la femme contre son mari lui avait été cédée, il faudrait, pour apprécier les droits du cessionnaire, comparer la date à laquelle il a été saisi, à l'égard des tiers, du transport réalisé à son profit par la signification au débiteur cédé ou par

Certains auteurs ont soutenu que la femme conservait la disposition absolue de sa créance, puisqu'elle ne l'avait pas transmise en subrogeant, et que, si elle n'était plus créancière de son mari au moment où la subrogation se réalise, le subrogé, sans rechercher par suite de quels événements il en est ainsi, ne pourrait réclamer aucune collocation, car il ne saurait avoir plus de droits que la subrogeante (6). Cette théorie ne nous paraît pas acceptable (7) : la subrogation serait alors, pour le créancier subrogé, une garantie absolument illusoire ; la loi, après avoir consacré et réglementé cette convention, autoriserait l'une des parties à en annihiler les effets par sa seule volonté. Par la subrogation, les créances garanties par l'hypothèque légale sont, à notre avis, frappées d'une certaine indisponibilité nécessaire pour assurer le respect des droits du subrogé (8).

l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique (art. 1690, C. Civ.), avec celle de la mention ou de l'inscription de l'hypothèque légale prise par le subrogé, qui détermine le moment où la subrogation devient opposable aux tiers (art. 9, loi du 23 mars 1855).

Si la cession a été pleinement réalisée avant que la subrogation ait été rendue publique, la femme sera censée n'avoir pas pu subroger à son hypothèque légale en tant qu'elle garantissait la créance cédée et le cessionnaire sera préféré au subrogé. Au contraire, le subrogé qui, avant le cessionnaire a été saisi, à l'égard des tiers, de la convention dont il bénéficie, sera préféré, car la cession n'a pu être consentie qu'en respectant les droits acquis du subrogé.

De même, si la créance matrimoniale avait fait l'objet d'un nantissement, il faudrait tenir compte de la date à laquelle a été signifié au mari l'acte public ou sous-seing privé constitutif de gage (art. 2075, C. civ.)

(6) AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, Texte et note 32, III, p. 776. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1114. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit. IX, n° 81 bis, XXIV. — THEZARD, op. cit., n° 107. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1776. — BEUDANT, *Revue critique* 1886, pp. 223 et suiv. — PONT, Commentaire. Traité des privilèges et hypothèques, I, n° 483. Ces auteurs admettent cependant que la femme ne pourra pas, par une stipulation spéciale à l'hypothèque dans laquelle elle a subrogé, diminuer l'étendue de cette hypothèque ; seul, d'après eux, le droit d'hypothèque, absolument distinct, quoique inséparable, du droit de créance, est engagé par la subrogation.

7) Voir en ce sens L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 112.

(8) CEZAR-BRU et GARSONNET, op. cit., T. V, n° 683.

Il est également certain que la femme subrogeante ne peut valablement recevoir paiement de ses reprises au détriment du subrogé (9).

Si les immeubles grevés de l'hypothèque légale ont été, postérieurement à la subrogation consentie par la femme et à l'inscription prise par le subrogé, cédés par le mari à la femme en paiement de ses reprises, le subrogé pourra tout de même exercer sur ces immeubles l'action hypothécaire de la femme, le paiement ne lui étant pas opposable. Les tiers détenteurs qui ont acquis, par la suite, ces immeubles et payé imprudemment le prix, ne peuvent échapper à l'action hypothécaire du créancier subrogé, ni invoquer utilement la présence et le consentement de la femme à la vente (10). Il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'un conquêt de la communauté, attribué dans le partage à la femme en paiement de ses reprises, car alors l'hypothèque légale serait réputée ne l'avoir jamais frappé en vertu de l'effet rétroactif du partage (11).

Si le paiement fait à la femme résulte d'une distribution de deniers provenant de l'actif mobilier du mari ou d'un immeuble qui n'est pas grevé de l'hypothèque, objet de la subrogation, le subrogé pourra faire réduire la collocation obtenue par la femme à une collocation purement éventuelle, s'il administre la preuve qu'elle aurait comme résultat, en réduisant le montant des reprises de la femme, de réduire dans la même proportion la collocation qu'il aurait été en droit d'obtenir dans un ordre ouvert ultérieurement pour la distribution du prix d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale à laquelle il a été subrogé (12).

(9) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, T. XIII, n° 1399, p. 756.

(10) Rouen, 7 mars 1903, D. 1904-2-150.

(11) Colmar, 1^{er} mars 1855, D. 57-2-37, S. 56-2-577. — AUBRY et RAU, *op. cit.* § 288 bis, texte et note 36, p. 777-778. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.* II, n° 1115. — L. et A. MERIGNHAC, *op. cit.*, n° 121. — THEZARD, *op. cit.*, n° 108-2°. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, IX, n° 81 bis, xxv.

(12) L. et A. MERIGNHAC, *op. cit.*, n° 123.

Le mari peut-il se libérer valablement envers la femme, envers les héritiers de celle-ci ou envers tout ayant cause ? Si le mari a concouru à l'acte de subrogation à un titre quelconque, il ne pourra effectuer aucun paiement en fraude des droits du subrogé. Si, le subrogé étant un créancier personnel de la femme, le mari n'a pas concouru à la subrogation, la subrogeante n'ayant pas eu besoin de son autorisation (13), nous croyons que la subrogation, rendue publique soit par une inscription de l'hypothèque légale requise par le subrogé, soit par une mention en marge de l'inscription préexistante, sera opposable au mari. L'inscription requise par le subrogé à l'hypothèque légale n'est nullement identique, quant à ses effets, à celle requise par un créancier pour conserver les droits de son débiteur. Le subrogé qui requiert inscription de l'hypothèque de la subrogeante n'a pas pour but de conserver les droits de la femme, l'hypothèque légale de celle-ci n'étant pas normalement soumise à l'inscription, il publie ainsi un droit qui lui est personnel. Cette publicité a un double effet : elle détermine l'ordre dans lequel les divers subrogés exerceront les droits hypothécaires de la subrogeante et rend la subrogation opposable aux tiers (art. 9, loi du 23 mars 1855). Le mari qui n'a pas concouru à l'acte de subrogation doit être considéré comme tiers, de même que le débiteur cédé l'est au regard de l'article 1690 du Code Civil. Nous pensons donc qu'il ne pourra valablement, en aucun cas, se libérer au préjudice du bénéficiaire de la subrogation consentie par la femme, soit parce qu'il a apporté son concours à cette convention, soit parce que celle-ci lui est opposable du fait de la publicité qu'elle a reçue. Un arrêt de la Cour d'Appel de Toulouse a jugé pourtant que le paiement fait de bonne foi par le mari qui ignore la

(13) La femme séparée de corps ou marchande publique n'a pas besoin, en effet, de l'autorisation maritale. Voir *Supra*, p. 65.

subrogation malgré la mention requise par le subrogé, est parfaitement valable (14). En l'espèce, cet arrêt nous semble justifié, du moins quant à sa sentence. Il s'agissait, en effet, d'une subrogation consentie, non point par la femme, mais par une héritière de celle-ci. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ne lui était pas applicable, le législateur n'ayant pas voulu réglementer toutes les cessions ou les renonciations à l'hypothèque légale, mais seulement celles qui seraient consenties par la femme mariée. Cette intention ressort nettement du texte même de la loi. Si la subrogation n'est pas consentie par la femme mariée, la mention requise par le subrogé ne peut alors avoir pour unique effet que d'empêcher le subrogeant de donner mainlevée de son hypothèque (15). C'est la seule différence qui existe, quant à leurs effets entre l'inscription requise par un créancier ordinaire en vertu de l'article 1166 du Code Civil ou de l'article 775 du Code de Procédure Civile, et celle

(14) Toulouse, 29 février 1892, D. 92-2-277, S. 93-2-105, note PASSEMA.

En note sous cet arrêt, M. PASSEMA soutient une théorie qui contredit notre opinion. Avec la Cour, il admet que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 s'applique à toutes les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, qu'elles soient consenties par celle-ci ou par ses ayants-cause. Il réduit les effets de l'inscription requise par le subrogé à la détermination de son rang dans l'ordre. Il semble prétendre, ce qui nous paraît inadmissible, que seuls doivent être considérées comme tiers, aux termes de ce texte, les divers subrogés à l'hypothèque légale.

A notre avis, les effets de l'inscription requise par le tiers, subrogé par la femme à son hypothèque, sont absolument comparables à ceux de la signification faite par le cessionnaire de la créance au débiteur cédé. Ces deux formalités s'appliquent dans des domaines différents, leur résultat est identique: saisir à l'égard des tiers le bénéficiaire de la cession ou de la subrogation. Il n'en est pas de même en droit belge, où le cessionnaire d'une créance hypothécaire doit recourir aux deux formalités: signification au débiteur cédé et mention de la cession en marge de l'inscription de l'hypothèque garantissant la créance cédée. (LAURENT. Principes de Droit Civil, XXIX, n° 247) et c'est ce qui rend toute comparaison impossible.

(15) Req. 19 févr. 1895, Pand. fr. 95-1-472. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288, III, p. 748. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, n° 906. — GUILLOUARD, op. cit., n° IV, n° 1701. — GARSONNET et CÉZAR-BRU, op. cit, V, n° 683.

requis par le bénéficiaire d'une subrogation qui n'est pas soumise aux prescriptions de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 (16).

Les créances garanties par l'hypothèque légale, quoique partiellement indisponibles, restent entre les mains de la subrogeante et ne sont nullement transportées dans le patrimoine du subrogé. Au moment où la femme consent la subrogation, ses reprises sont éventuelles et indéterminées, elles subissent le contre-coup de la gestion par les époux de leurs patrimoines, et dépendent soit de l'acceptation ultérieure par la femme de la communauté ou de la succession de son mari, soit de sa renonciation. Les époux ont une entière liberté pour gérer leurs biens propres ou communs, et la femme pour fixer son choix, bien qu'ainsi ils puissent réduire indirectement, soit le montant des reprises matrimoniales, soit l'assiette de l'hypothèque légale. L'intérêt de la femme prédomine ici celui du subrogé qui, du reste, a pu, au moment du contrat, prévoir et accepter ces éventualités.

La gestion des patrimoines des deux époux, en enrichissant ou en appauvrissant la communauté au préjudice ou au profit de l'un d'eux, fera naître des droits à récompense qui viendront à la liquidation de la communauté augmenter ou diminuer par compensation les reprises de la femme.

L'hypothèque légale ne portera, après la liquidation de la communauté acceptée par la femme, que sur les conquêts mis au lot du mari ; sur ces immeubles, elle sera encore primée par celle des créanciers hypothécaires du mari ayant acquis hypothèque contre lui durant la communauté : le mari, en constituant ces hypothèques, est censé avoir été le mandataire de sa femme (17), qui accepte les consé-

(16) Nous croyons que la loi de 1855 (art. 9) ne s'applique pas aux subrogations consenties par la femme veuve ou divorcée.

(17) Colmar, 1^{er} mars 1855, D. 57-2-37, S. 56-2-577. — PLANIOL, RIPERT

quences de tous les actes d'administration et de disposition accomplis par le mari en tant que chef de la communauté. Pour la même raison, le subrogé ne pourra, pas plus que la femme elle-même, exercer l'hypothèque légale à l'encontre des tiers qui ont acquis des conquêts avant la dissolution de la communauté (18). On ne pourrait, en aucun cas, invoquer le bénéfice d'émolument reconnu à la femme qui a fait inventaire de l'actif de la communauté. La contribution de la femme au passif est bien limitée à la valeur de sa part d'actif (19), mais cette limitation ne porte que sur le montant de l'obligation de la femme, et non pas sur le gage des créanciers de la communauté (20).

Si la femme est héritière de son mari, ses créances contre ce dernier disparaîtront par voie de confusion (art. 1300 C. Civ.). Il en sera de même si le mari reçoit la succession de sa femme, ou si les héritiers de la femme sont en même temps les héritiers du mari et qu'après avoir accepté la succession de la femme, ils acceptent aussi purement et simplement celle du mari, ou réciproquement (21).

Par l'acceptation de la communauté ou de la succession de son mari, la femme réduit ou annihile le montant de ses reprises et cantonne son hypothèque sur certains immeubles de son mari ou de la communauté, elle nuit incontestablement aux intérêts du subrogé. Si ces actes

et BECQUÉ, op. cit., XII, n° 492. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, note 36, III, p. 778. — L. et A. MERIGNHAC, op. cit., n° 121.

(18) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XII, n° 492. Voir les auteurs et la jurisprudence cités en note, p. 462.

(19) PLANIOL, RIPERT et NAST, op. cit. IX, n° 915.

(20) PLANIOL, RIPERT et NAST, op. cit., IX, n° 920.

(21) Civ., 8 août 1894, D. 95-1-231, S. 97-1-122; Orléans, 16 mars 1849, D. 49-2-156, S. 49-2-449. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XIII, n° 1401. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, texte et notes 35 et 35 bis, III, p. 777. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, n° 1115. — GUILLOUARD, op. cit. IV, n° 1778. — L. et A. MERIGNHAC, op. cit., 119. — THEZARD, op. cit., 108, 3°. — PONT, op. cit., I, n° 483. — Contra: BERTAULD. Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, n°s 117 et 118

présentent pour la femme certains inconvénients, ils lui offrent des avantages indiscutables : la propriété de l'immeuble est préférable au recouvrement de la créance que cet immeuble pouvait hypothécairement garantir, la femme seule est juge de fixer son choix en comparant les avantages et les inconvénients qui pourront en résulter : en subrogeant à son hypothèque, elle n'a sûrement pas voulu se priver de cette liberté.

Les dettes de la femme à l'égard de son mari peuvent également se compenser avec ses reprises matrimoniales (22), car la compensation s'opère à l'insu des débiteurs (art. 1290 C. Civ.). Il est vrai que la Cour de Cassation n'a pas admis cette compensation (23), mais elle ne s'est pas appuyée pour cela sur le fait que la femme avait subrogé à son hypothèque légale. En l'espèce, la compensation n'a pas pu s'opérer parce que les deux dettes qui auraient dû se compenser, n'étaient pas liquides.

b) *La femme devient débitrice du subrogé - Situation de celui-ci*

Par la subrogation, la femme ne s'engage pas personnellement au paiement de la dette, mais elle devient cependant débitrice, jusqu'à concurrence de la créance du subrogé, de l'émolument de l'hypothèque légale garantissant le recouvrement de ses reprises matrimoniales.

Si la subrogation est consentie au profit d'un créancier du mari, la femme s'oblige, par le fait même, au paiement de la dette du mari dans la mesure de l'utilité de son hypo-

(22) Paris, 3 fév. 1855, D. 55-2-285, S. 55-2-307. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 776-777. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, II, n° 1114. — THEZARD, op. cit., n° 107. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1775. — HUC. Commentaire théorique et pratique du Code Civil, XIII, n° 301. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 81 bis, XXIV. z

Contra: L. et A. MERIGNIAC, op. cit., n° 113.

(23) Req. 17 janvier 1860, D. 60-1-400, S. 61-1-881; Civ. 24 mai 1869, D. 69-1-276, S. 69-1-345.

thèque légale, elle aura donc droit à une indemnité (art. 1431 C. Civ.). Le recouvrement de cette indemnité sera garanti, comme toute autre créance de la femme contre son mari, par l'hypothèque légale qui prendra rang du jour de la subrogation (art. 2135 C. Civ., 2^e al. 3) (24). Ce droit à indemnité s'éteindra du jour où le mari aura désintéressé le créancier qui avait bénéficié de la subrogation. La femme pourra s'en prévaloir antérieurement à tout paiement, lorsqu'elle sera exposée à subir les effets de la subrogation, c'est-à-dire dans les cas prévus par l'article 2032 du Code Civil qui est ici applicable, car la femme qui s'oblige en faveur de son mari, doit être réputée, dans ses rapports avec celui-ci, s'être engagée comme caution (art. 1431 C. Civ.) (25).

Le subrogé est créancier de la femme, mais son titre de créance est particulier, étant limité à l'émolument de l'hypothèque légale de cette dernière. Il ne pourra donc pas exercer toutes les actions de sa débitrice (art. 1166 C. Civ.), ni attaquer tous les actes qu'elle pourra faire en fraude de ses droits (art. 1167 C. Civ.), mais seulement les actions et les actes ayant trait à l'exercice de son hypothèque légale ou à la fixation de ses créances contre son mari.

Si la femme accepte la communauté, dans une pensée de fraude, pour nuire au subrogé, celui-ci pourra demander l'annulation de cette acceptation qui aurait, entre autres, comme résultat de soustraire à l'exercice de l'hypothèque légale de la subrogeante les conquêts échus à la femme ou aliénés, durant la communauté, par le mari (26). Le subrogé aurait encore le même droit si la femme acceptait la

(24) Note A. MERIGNAC. — D. 1906-1-105 sous Req., 28 juillet 1903.

(25) Civ., 8 août 1894, D. 95-1-235. S. 97-1-122, Douai, 12 févr. 1891, D. 93-2-481; Paris, 30 juin 1853, S. 55-2-177.

(26) AUBRY et RAU. — Op. cit., § 517, texte et note 24, VIII, p. 417. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, n° 1115. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 117. Cpr. CARETTE, note dans S. 49-1-465.

succession de son mari dans des conditions notoirement onéreuses.

Le subrogé pourra intervenir dans toute liquidation qui se fera entre le mari et la femme (27), dans toute séparation de biens (art. 1447 C. Civ. et art. 871 C. P. C.), pour la surveillance ou la conservation des droits de la subrogeante. La loi, au cas de séparation de biens, ne parle, dans les articles précités, que du pouvoir d'intervention des créanciers du mari : c'est qu'en général ce dernier est intéressé à les frauder et à se dépouiller à leur préjudice en exagérant les reprises de la femme. Mais on comprend que le contraire puisse se produire, et que les intérêts de la femme puissent être lésés, car la séparation de biens peut constituer, en certains cas, une mesure de défiance contre le mari. Ainsi les créanciers de la femme doivent être autorisés à intervenir comme ceux du mari (28).

Le subrogé pourra également intervenir à l'instance ouverte à la demande du mari pour la réduction de l'hypothèque légale, toute restriction de cette hypothèque ne saurait lui être opposable si elle est de nature à compromettre ses intérêts (29).

Si le subrogé a négligé, soit de requérir du Conservateur des Hypothèques l'inscription de l'hypothèque légale, soit de faire mentionner sa subrogation en marge de l'inscrip-

(27) Agen, 23 mars 1870, D. 70-2-148, S. 70-2-274; Metz, 20 janv. 1859, D. Suppl. v^o Priv., n^o 633, S. 59-2-367. Cet arrêt décide que le subrogé a le droit d'intervenir dans une instance pour y établir la créance de la femme contre son mari. D'autre part, la Cour de Cassation a jugé que, par application de l'art. 882, C. Civ., le subrogé pouvait s'opposer à ce qu'il soit procédé à la liquidation de la communauté hors de sa présence et y intervenir à ses frais, Civ. 1^{re} août 1848, D. 48-1-189, S. 48-1-727.

(28) L. et A. MERIGNAC, op. cit., n^o 109.

(29) Bordeaux, 10 août 1853, D. 54-2-26, S. 54-2-98. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, texte et note 38, III, p. 778. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n^o 1113. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n^o 107. — THEZARD, op. cit. 107, 3^o. — GUILLOUARD, op. cit. IV, n^o 1776. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, § 81 bis, XXVI.

tion préexistante, il ne pourra pas, comme nous le verrons, exercer l'hypothèque légale de la subrogeante au préjudice des autres subrogés, des créanciers chirographaires de la femme ou des tiers acquéreurs d'immeubles du mari ayant transcrit l'acte de vente ; sa qualité de créancier, résultant tout de même de la subrogation qui lui a été consentie, lui permettra de venir en sous-ordre au marc le franc (art. 775 C. P. C.) sur la collocation attribuée dans l'ordre à sa débitrice (30).

L'effet principal de la subrogation, le but même de cette convention est de permettre au subrogé d'exercer, à son profit exclusif et jusqu'à concurrence de sa créance, l'hypothèque légale de la subrogeante, sans le concours de celle-ci (31). La femme ne peut cependant pas transmettre à un de ses créanciers ou à un créancier de son mari plus de droits qu'elle n'en a elle-même. Le subrogé ne peut exercer l'hypothèque légale de la subrogeante que dans la mesure où elle pourrait l'exercer elle-même et seulement à l'époque où elle aurait le droit de l'exercer. Il ne pourra donc exercer le droit hypothécaire de la femme que jusqu'à concurrence des reprises de celle-ci, et quand ces créances seront exigibles, c'est-à-dire au moment de la dissolution du mariage ou de la séparation soit de corps, soit de biens (32). L'article 1446 du Code Civil permet cependant aux créanciers de la femme d'exercer les droits de leur débitrice, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances, en cas de faillite ou de déconfiture du mari. Nous avons vu que, pour l'exercice de l'action hypothécaire de la subrogeante, le subrogé doit être considéré comme un créancier de cette dernière, il pourra donc, avant toute liquidation de reprises, au cas de faillite du mari, poursui-

(30) GARSONNET et CEZAR-BRU. — Op. cit., V., n° 688. — SELIGMMAN, op. cit., n° 625.

(31) Pau, 17 juin 1889. D. 90-2-21.

(32) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit. XIII, n° 1401.

vre. en sa qualité de subrogé à l'hypothèque légale de la femme mariée soit le mari, soit les tiers détenteurs d'immeubles grevés de cette hypothèque. La déconfiture civile n'est pas organisée, elle semble cependant être constatée par le fait qu'un ordre a été ouvert sur les immeubles du mari à la suite d'une adjudication sur saisie immobilière ; l'état de cessation de paiement résulte du commandement de payer dans un délai de trente jours qui précède toute poursuite en expropriation (art. 2217 C. Civ.) et qui est resté sans effet. Le subrogé pourra donc encore dans ces cas exercer l'action hypothécaire de la subrogeante, produire à l'ordre ouvert à concurrence du montant des reprises de la femme tel qu'il sera fixé à ce moment (33). Peu importe d'ailleurs, en ce cas, que la femme ait demandé la séparation de biens (34). On ne pourra pas opposer au subrogé l'éventualité que les créances de la subrogeante alors exigibles pourront disparaître avant la liquidation de ses reprises.

En cas de purge après aliénation volontaire, le subrogé aura les mêmes droits que la subrogeante. Il pourra requérir la vente aux enchères publiques de l'immeuble du mari qui, par la procédure de purge, serait libéré de l'hypothèque légale de la subrogeante, à la condition de surenchérir lui-même du dixième du prix offert par le tiers acquéreur pour désintéresser les créanciers hypothécaires ; s'il estime ce prix suffisant, il pourra produire, en qualité de

(33) Civ. 24 mai 1869, D. 69-1-276, S. 69-1-345; Orléans, 12 juillet 1854, S. 54-2-561 et sur pourvoi Civ. 4 fév. 1856, D. 56-1-61, S. 56-1-225; Paris, 30 juin 1853, S. 55-2-177; Paris, 31 août 1854, D. 55-2-256; *olmCar*, 20 nov. 1855, S. 56-2-580; Metz, 20 janv. 1859, D. Suppl. v^o Privilèges, n^o 633, S. 59-2-367; Cpr. Civ. 14 janv. 1817, D. Rep. prat. v^o Priv. et Hyp., n^o 1003, S. 17-1-146 — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, loc. cit. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis et § 295, III, p. 780-781 et 904. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES op. cit., II, n^o 1118. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n^{os} 117, 122. — THEZARD, op. cit., n^{os} 107, 2^o.

(34) Au cas de faillite ou de déconfiture, les subrogés pourront exercer l'hypothèque légale sans attendre que la femme ou ses héritiers aient renoncé à la communauté, Paris, 30 juin 1853 précité.

subrogé, à l'ordre ouvert pour sa distribution entre les créanciers hypothécaires. Le droit de surenchérir appartient normalement à la femme, en sa qualité de créancière hypothécaire de son mari, malgré l'interdiction de vente entre époux formulée par l'article 1595 du Code Civil (35), il appartient donc également au créancier subrogé à l'hypothèque légale de celle-ci (36), à condition toutefois qu'il justifie que la subrogeante a des reprises à exercer et que l'hypothèque légale qui les garantit a pris rang, en vertu de l'article 2135 du Code Civil, à une date antérieure à celle de la transcription de la vente qu'il veut frapper de surenchère. Dans le cas contraire, en effet, l'immeuble précédemment aliéné échapperait à l'hypothèque légale de la femme mariée (37) et, par conséquent, au droit de suite du subrogé.

D'ailleurs, le subrogé qui a rendu publique sa subrogation et qui a fait élection de domicile dans l'inscription de l'hypothèque légale de la subrogeante ou dans la mention en marge de l'inscription préexistante (38), recevra,

(35) Rouen, 7 mars 1892, D. 93-2-24, S. 93-2-78. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, XIII, n° 1248, p. 570. — AUBRY et RAU, § 294, note 49, III, p. 867. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.* III, n° 2440. — THÉZARD, *op. cit.*, n° 205. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, IX, 174 bis, III et IV. — Le droit de surenchère est cependant refusé à la femme commune en biens, tenue de garantir la vente d'un conquêt de la communauté consentie par le mari. Amiens, 30 janv. 1901. D. 1903-2-289. Civ., 23 nov. 1931, D. H. 1932-1.

(36) Civ. 30 mai 1820, S. 20-1-382; Paris 2 mars 1809, S. 09-2-238; Rennes, 6 août 1849, D. 51-2-136; PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, XIII, n° 1248, p. 567; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 294, III, p. 868. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, III, n° 2441. — GRENIER. *Traité des hypothèques* II, n° 461. Mais le subrogé ne saurait avoir un droit plus étendu que le subrogeant. Paris, 20 janv. 1888, D. Rep., Supp., v° Surenchère, n° 60.

(37) Riom, 6 déc. 1848, D. 49-2-140, S. 49-2-147; Nancy, 22 mai 1869, D. 69-2-201, S. 69-2-225 (note Lyon-Caen). — L. et A. MERIGNAC, *op. cit.* n° 132.

(38) L'élection de domicile est obligatoire dans l'inscription prise par le subrogé, elle ne l'est point dans la mention. Si le subrogé n'a pas fait élection de domicile, toute notification ou sommation faite à la subro-

comme tout créancier inscrit, les offres et notifications à fin de purge (art. 2183 C. Civ.) et dans tout ordre, sera sommé d'avoir à produire (art. 753 C. P. C.) (39).

Le subrogé, qui a inscrit l'hypothèque légale dans son intérêt exclusif, sera dans une situation préférable à celle de la subrogeante qui n'a pas, dans le délai prescrit par l'article 2195 du Code Civil ou avant la transcription du jugement d'adjudication, pris inscription de son hypothèque. Par cette inscription, qui ne saurait profiter à la femme (40), le subrogé conserve, en effet, le droit de suite résultant de l'hypothèque légale, alors que la femme, non inscrite en temps voulu, ne conserve qu'un droit de préférence sur le prix mis en distribution (art. 717 et 772 C. P. C.)

S'il n'a réalisé aucune des mesures de publicité établies par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, le subrogé ne

geante lui sera opposable et le délai de surenchère courra contre lui comme contre tout autre subrogé qui n'a publié sa subrogation qu'après la notification faite à la subrogeante ou a un créancier subrogé inscrit. Orléans 15 février 1859, D. 59-2-44.

(39) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit. XIII, n° 927. — GARSONNET et CEZAR-BRU, op. cit., V, n° 610.

(40) Req. 21 juin 1859, D. 60-1-381, S. 61-1-223; Civ., 5 févr. 1861, D. 61-1-65, S. 61-1-209; Civ. 21 juillet 1863, D. 63-1-339, S. 63-1-489. Req., 1^{er} mai 1866, D. 66-1-293, S. 66-1-187; Dijon, 2 janv. 1865, D. 65-2-55; Orléans, 9 juin 1874, S. 74-2-302. — Voir, en ce sens : AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, texte et note 24, III, p. 769. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1097. — THEZARD, op. cit., n° 233. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 88 et 89. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1756. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, n° 107 bis X. — HUC, op. cit. XIII, n° 298. — PONT, op. cit., II, n° 800 et PONT, Examen doctrinal de la jurisprudence, n° 16 et suiv. *Revue Critique*, 1857, XI, p. 1. — DALMBERT, Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques, n° 172. — VERDIER, De la transcription, II, 697. — Cpr. Toulouse, 30 déc. 1859, S. 60-2-241. Contra : Amiens, 31 mars 1857, D. 58-2-26, S. 57-2-628; Orléans, 4 août 1859, D. 59-2-149, S. 59-2-529; Req. 2 juin 1858, S. 58-1-433. Il n'en serait pas de même si l'inscription avait été requise par le subrogé en termes généraux qui la feraient considérer comme prise au nom de la subrogeante, en qualité d'ayant-cause de celle-ci. Civ. 25 févr. 1862, D. 62-1-240, S. 62-1-356; Civ. 3 juillet 1866, D. 66-1-291, S. 66-1-187. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 770. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 89 et 91. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1097. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1757.

pourra pas se prévaloir de la subrogation à l'encontre des tiers qui auraient intérêt à ce qu'il n'invoque pas le bénéfice de cette convention, la subrogation est cependant toujours opposable à la subrogeante, à la seule condition d'avoir été consentie par acte authentique (41).

Si les reprises de la femme deviennent exigibles à la suite de la dissolution du mariage ou de la liquidation de la communauté, le subrogé pourra, en cette qualité et en son nom personnel, poursuivre en expropriation forcée soit le mari, soit le tiers détenteur d'un immeuble encore grevé de l'hypothèque légale de la subrogeante. Si celle-ci a renoncé à l'exercer sur l'immeuble aliéné, cette renonciation n'est pas opposable au subrogé qui a requis la mention ou l'inscription assurant la publicité de la subrogation avant que le tiers acquéreur ait transcrit l'acte d'aliénation contenant la renonciation ou fait mentionner en marge de la transcription préexistante la renonciation consentie après la vente.

Qu'un ordre soit ouvert à la suite d'une adjudication sur saisie immobilière (42) ou pour la distribution entre les créanciers hypothécaires du prix offert par le tiers acquéreur aux fins de purge (43), le subrogé, en son nom personnel, pourra y produire son titre de créance mentionnant sa qualité de subrogé.

(41) Civ., 14 déc. 1863, D. 64-1-111, S. 64-1-36. — Dans l'espèce, il s'agissait d'un créancier porteur d'une subrogation non inscrite.

(42) Si le subrogé ne peut en cette qualité troubler le mari en la possession des immeubles grevés de l'hypothèque de la subrogeante, tant que les créances de celle-ci ne sont pas exigibles, il peut, s'il est créancier du mari, poursuivre, dès que sa créance est exigible, la saisie d'un immeuble du mari et venir à l'ordre au rang de l'hypothèque légale de la femme.

(43) Nous croyons que, si un ordre était ouvert à la suite d'une saisie immobilière, le subrogé pourrait alors prendre l'initiative d'une poursuite en expropriation forcée sur un autre immeuble du mari. Il n'en serait pas de même si l'ordre résultait d'une procédure de purge, car alors on ne pourrait pas prétendre que le mari doit être, de ce fait, considéré comme étant en déconfiture.

c) *Collocation des subrogés*

Quelles que soient les circonstances qui rendent possible la production des divers subrogés à un ordre ouvert sur un immeuble grevé de l'hypothèque légale de la subrogeante, ceux-ci auront à l'ordre tous les droits qu'aurait la subrogeante elle-même. Si les reprises de celle-ci sont suffisantes, les subrogés seront colloqués tous au rang de l'hypothèque légale pour le montant de leurs créances en capital, intérêts et frais, au rang résultant de leurs inscriptions ou mentions respectives (art. 9 de la loi du 23 mars 1855). Si les reprises sont insuffisantes, ils obtiendront collocation, toujours au même rang, jusqu'à complet épuisement. S'ils sont créanciers hypothécaires du mari, ils pourront se prévaloir de leur hypothèque conventionnelle dans la mesure où elle constitue une garantie efficiente pour le complet recouvrement de leurs créances.

Tels sont les principes qui guideront le juge commis pour le règlement de l'ordre. Celui-ci établira tout d'abord le montant des créances aliénables de la subrogeante (44). Pour leur fixation, les subrogés bénéficieront des mêmes présomptions légales (art. 1569 C. Civ.), auront les mêmes droits, les mêmes moyens de preuve que la femme elle-même. Ils pourront invoquer tous les titres, antérieurs ou postérieurs à leur subrogation, dont la subrogeante aurait alors le droit de se prévaloir. Les subrogés seront en droit de poursuivre le paiement de leurs créances jusqu'à épuisement des droits de la subrogeante. On ne saurait défalquer de la collocation des subrogés, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix, de l'immeuble grevé de l'hypothèque légale, le montant des sommes touchées dans un ordre

(44) Nous avons vu que la femme ne peut pas subroger à son hypothèque légale en tant que celle-ci garantit le recouvrement soit de créances dotales, soit de créances incessibles en raison de leur caractère alimentaire.

antérieur par un autre subrogé (45). La situation des subrogés diffère à ce point de vue de celle des cessionnaires successifs d'une même créance. Leur droit au recouvrement de leurs créances n'est limité que par le montant des reprises de la femme, tandis que celui des cessionnaires diminue au fur et à mesure que diminue le montant de la créance cédée.

La femme, qui a subrogé un créancier de son mari à son hypothèque légale, a droit à une indemnité tant que son mari n'a pas fait face à son obligation (46) ; cette indemnité devient exigible dans certains cas prévus par l'article 2032 du Code Civil. Dans ces mêmes cas, les subrogés seront autorisés à demander collocation pour le montant de cette indemnité, avant que la femme ait été obligée de payer et même avant toute poursuite exercée contre elle. Cependant si le créancier du mari, bénéficiaire de la subrogation qui est à l'origine de ce droit à indemnité, produit à l'ordre, les subrogés qui lui sont antérieurs, pas plus que la femme elle-même, ne sauraient se prévaloir, à ses dépens, de la créance contre le mari constituée par ce droit à indemnité. On ne peut admettre, en effet, que, par ces conséquences, la garantie accordée à un créancier du mari profite à d'autres au préjudice du bénéficiaire.

Les subrogés, comme la femme elle-même, ne sauraient se prévaloir de l'indemnité due à leur subrogeante en raison de la subrogation ou de l'obligation solidaire con-

(45) Req. 11 juillet 1894, D. 96-1-113, S. 99-1-354 (note Blondel). En l'espèce, il s'agissait d'une subrogation à laquelle avait été juxtaposée une cession de créance. On avait plaidé, au nom du Crédit Foncier de France, partie en cause, que s'agissant de la cession d'une créance déterminée, il convenait de tenir, compte, dans la collocation à attribuer, de ce qui avait été touché, sur la même créance, dans un ordre antérieur. Le Tribunal de Laon, dans un jugement du 11 juillet 1892, avait admis cette déduction, repoussée par la Cour d'Amiens dans son arrêt du 21 juillet 1893, et par la Cour Suprême (arrêt précité), en partant de ce point de vue fort juste que si on avait stipulé, à côté de la cession, une subrogation à l'hypothèque, c'était pour lui faire produire un résultat utile.

(46) Voir Supra, p. 83-84.

sentie par celle-ci, en pleine connaissance de cause, à des créanciers antérieurs de son mari, durant la période suspecte c'est-à-dire depuis l'époque à laquelle a été fixée la cessation de paiement ou dans les dix jours qui l'ont précédée (47). Par ce procédé, en effet, la femme pourrait favoriser certains créanciers de son mari au détriment des autres ; la nullité de cette convention résulte de l'article 598 du Code de Commerce (48) et non pas de la nullité de l'autorisation accordée à la subrogeante par le failli, comme l'ont soutenu certains auteurs (49) ; le failli conserve en effet le droit et le pouvoir de donner à sa femme l'autorisation de s'obliger (50).

Le montant des créances de la subrogeante une fois ainsi fixé sera grossi des intérêts de ses reprises qui auront couru durant le mariage et durant l'année qui a suivi la

(47) Encore faudrait-il que la femme ait eu l'intention de favoriser un ou plusieurs créanciers du mari au détriment des autres, car l'art. 446, C. Com. n'annule que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, nées pendant la période suspecte. — Req. 7 nov. 1848, S. 49-1-121; Req. 15 mai 1850, S. 50-1-609; Colmar, 20 nov. 1855, S. 56-2-580; Douai, 29 janv. 1857, S. 57-2-402; Civ. 25 juillet 1860, S. 61-1-93; Civ. 24 déc. 1860, S. 61-1-538; Req. 9 déc. 1868, D. 69-1-5, S. 69-1-117; Bourges, 1^{er} avril 1870, D. 72-2-30, S. 71-1-72; Bordeaux, 12 mai 1873, S. 73-2-220; Lyon, 6 janv. 1876, S. 76-2-207; Poitiers, 5 mai 1879, D. 79-2-165, S. 79-2-254; Poitiers, 20 avril 1885, D. 86-2-6 et sur pourvoi Req. 18 avril 1887, D. 87-1-155, S. 87-1-173; Besançon, 19 mai 1886, S. 86-2-176. — Cpr. Req. 11 déc. 1876, D. 77-1-359, S. 77-1-406; Civ. 27 avril 1881, D. 81-1-295, S. 81-1-393. — AUBRY et RAU, op. cit., § 264 ter, texte et note 27, III, p. 380 et 381. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 990-996; GUILLOUARD, op. cit., II, n° 781. — Voyez en sens inverse: Nancy, 4 août 1860, D. 60-2-116, S. 61-2-119; Nancy, 4 mars 1876, D. 77-1-359, S. 77-1-406; Nancy, 19 mars 1879, D. 80-2-10, S. 79-2-III (arrêt cassé par Civ., 27 avril 1881 précité).

(48) Cpr. Civ. 9 mars 1898, D. 99-1-156. — Voir auteurs précités à la note précédente, notamment BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. Contra: BEUDANT (note sous-Req., 9 déc. 1868, D. 69-1-5) qui prétend que seul le recours de la femme contre son mari est annulé.

(49) COIN-DELISLE. — Observations sur l'hypothèque légale d'indemnité acquise en temps suspect. *Revue critique* 1853, p. 221 et suiv. — PONT, op. cit., I, n° 447.

(50) Bordeaux 29 février 1888, D. Suppl. v° Faillite, n° 80, S. 89-2-125.

dissolution (51). Passé ce délai d'un an, l'hypothèque légale est soumise à l'inscription qui, en face des dispositions de l'article 2151 du Code Civil, ne garantit plus que les intérêts dus au cours des trois ans précédant la liquidation du gage ; toutefois, si les droits de la femme n'ont pas été liquidés, l'inscription, prise par celle-ci pour ses créances indéterminées, garantira encore tous les intérêts dus (52).

A cette somme seront encore ajoutés les frais que la femme aura exposés pour la constatation, la conservation et le paiement de ses créances, pour l'inscription de son hypothèque légale et son renouvellement, les frais de séparation de biens, de corps ou de divorce ; tous ces frais, dont elle demeure créancière, viendront grossir ses reprises au profit des subrogés et seront colloqués, suivant leur nature, aux divers rangs auxquels a droit l'hypothèque légale de la femme mariée.

Sur la somme globale ainsi déterminée, seront à leur tour colloqués, pour le montant de leurs créances en capital, frais et intérêts, les subrogés à l'hypothèque légale suivant les dates des inscriptions ou mentions assurant la publicité de leurs subrogations. Les intérêts seront limités à ceux dus dans les trois années précédant le jour où l'hypothèque a produit son effet légal, c'est-à-dire, à partir de la transcription du jugement d'adjudication si l'immeuble a été vendu sur saisie immobilière (art. 717 C. P. C., Loi

(51) Civ. 26 janv. 1875, D. 75-1-52, S. 81-1-165 ; Bourges, 23 mai 1829 ; S. 30-2-73 ; Nancy, 19 mars 1830, S. 30-2-345 (intérêts garantis par l'hypothèque légale du mineur) ; Paris, 5 mars 1834, S. 34-2-178 ; Caen, 23 nov. 1842, S. 43-2-123 ; Bordeaux 10 août 1849, D. 52-2-102, S. 50-2-119 ; Metz, 26 août 1863, D. 63-5-206, S. 63-2-251 ; Rouen 15 avril 1869, D. Rep. Suppl. v^o contrat de mariage, n^o 1267 S. 70-2-149 ; ancy, 20 déc. 1871, D. 72-2-36. — AUBRY et RAU, op. cit., § 285, texte et note 13 bis, III, p. 687. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. III, n^o 1714 ; GUILLOUARD, op. cit., III, n^o 1563. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n^o 129. — Contra : THEZARD, op. cit., 150.

(52) Req. 13 nov. 1889, D. 91-1-483, S. 93-1-510. — AUBRY et RAU, op. cit., § 285, texte et note 13 bis, III, p. 687. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, n^o 1141. — GUILLOUARD op. cit. IV, n^{os} 1563 et 1567.

du 21 mai 1858) (53), ou de la notification prescrite par l'article 2183 du Code Civil si l'aliénation a eu lieu sur vente volontaire nécessitant la purge des hypothèques inscrites (54) ; les intérêts ayant couru depuis ces dernières dates jusqu'à la clôture de l'ordre, sont également garantis au subrogé, qui ne saurait souffrir des lenteurs de la procédure et doit être placé dans la situation que lui aurait procuré une distribution immédiate (55). Pour conserver les intérêts antérieurs, le subrogé à l'hypothèque légale pourra requérir à cet effet une inscription ou une mention particulière, mais la collocation obtenue par cette nouvelle inscription ne prendra rang qu'après les subrogations qui ont été concédées et publiées avant l'inscription formant sa base.

Le subrogé sera également colloqué au rang de l'hypothèque légale pour les frais exposés pour le paiement ou la conservation de sa créance et pour assurer la publicité de sa subrogation, à condition toutefois qu'il les ait indiqués ou évalués dans l'inscription, une simple mention pour mémoire serait à leur égard inefficace (56). Il ne saurait s'agir ici des frais engagés pour la réalisation de l'immeuble grevé de l'hypothèque légale et pour la distribu-

(53) Certains auteurs estiment que les trois années sont arrêtées au jour de l'adjudication, d'autres au jour de la demande en collocation dans l'ordre, nous n'aborderons pas cette discussion qui nous entraînerait hors de notre sujet. — Voyez: Civ. 30 juillet 1873, D. 74-1-106; Req. 6 mai 1878, D. 79-1-87, S. 79-1-160; Civ. 7 avril 1880, D. 80-1-209, S. 80-1-220. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 984. — L. et A. MERIGNAC, op. cit. n° 126 et la note.

(54) Req. 21 mars 1848, D. 48-1-117; Req. 6 juillet 1896, D. 97-1-465, Bourges, 20 nov. 1852, D. 56-2-27; Colmar, 27 avril 1853, D. 55-2-338, S. 53-2-872.

(55) Bordeaux, 26 août 1868, D. 74-1 (s.-Cassation) 106, S. 69-2-101; Alger, 9 mars 1870, D. 70-2-176, S. 71-2-15. — AUBRY et RAU, op. cit., § 285, texte et note 24, III, p. 695.

(56) Civ. 14 août 1883, D. 84-1-64, S. 84-1-24; Trib. Grenoble, 2 mai 1870, D. 71-5-217; Trib. de Sisteron, 15 juillet 1891. Pand. franç. 92-2-305. — AUBRY et RAU, op. cit., § 274, III, p. 561. — BAUDRY-LACANTINIERIE et DE LOYNES, op. cit.-II, n° 1660. — GUELLOUARD, op. cit. III, n° 1173. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 128.

tion du prix. Ces frais, dits frais de justice, obtiennent une collocation au rang des privilèges (art. 2101, C. Civ. 1°).

Si les collocations obtenues dans l'ordre par le subrogé au rang de l'hypothèque légale ou au rang de sa propre hypothèque conventionnelle, sont égales au montant de la créance garantie par la subrogation, le subrogé sera entièrement désintéressé et ne pourra plus se prévaloir d'aucun droit de créance contre le débiteur principal. S'il n'obtient qu'un paiement partiel, il restera créancier pour le surplus et pourra produire en qualité de subrogé dans des ordres postérieurs.

Le subrogé, dans la mesure où il bénéficie de la subrogation, se prévaut du droit de la subrogeante : celle-ci doit donc se trouver dans la même situation que si elle avait elle-même exercé son hypothèque légale (57). Les deniers touchés étaient destinés à la femme, et à l'égard du mari c'est la femme qui les reçoit : ses reprises s'en trouvent, par conséquent, diminuées d'autant et, si la collocation obtenue par le subrogé représente la totalité de sa dot et de ses créances matrimoniales, elle n'est plus admise à produire de ce chef sur d'autres immeubles (58) ; elle ne saurait, en effet, primer une seconde fois, avec la même hypothèque exercée précédemment par le subrogé, les créanciers antérieurs à la subrogation (59).

Cependant, si le subrogé était créancier du mari, le droit à indemnité qu'avait acquis la femme à l'encontre de son

(57) Bourges, 30 juillet 1855. S. 55-2. 589. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1405. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1131.

(58) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1407. — AUBRY et RAU, op. cit., § 264 et § 288 bis, texte et note 46, III, p. 412 et 783. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1134. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 139. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1787-1788. — HUC, op. cit., XIII, n° 302. — BEUDANT, Les sûretés personnelles et réelles, II, n° 841. — THEZARD, op. cit., n° 108. — A. COLIN et CAPITANT, op. cit., II, p. 915. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 81 bis, XIII.

(59) PLANIOL et RIPERT, AUBRY et RAU, BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, L. et A. MERIGNAC, loc. cit.

mari (supra p. 83) est consolidé en un droit de créance, garanti par l'hypothèque légale qui prendra rang au jour de la subrogation (art. 2135, C. Civ. 2^o, al. 3). La subrogation consentie à un créancier du mari ne diminuera donc pas, en fait, le montant des reprises de la femme ; son résultat sera simplement de rejeter, à un rang inférieur à son rang primitif, la collocation que la femme pourra obtenir pour son propre compte : elle sera désormais primée par les créanciers hypothécaires inscrits depuis la date de l'hypothèque exercée par le subrogé jusqu'à la date de la subrogation, elle ne pourra plus faire valoir d'hypothèque légale contre les tiers acquéreurs dont les titres ont été transcrits avant la subrogation (60). De plus, la femme sera légalement subrogée aux droits du créancier du mari qu'elle a désintéressé (art. 1251 C. Civ. 3^o), droits que celui-ci pouvait exercer soit contre son mari, soit contre les co-débiteurs de ce dernier. Elle pourra donc se prévaloir des hypothèques constituées en garantie de la créance pour laquelle le subrogé a été colloqué au rang de l'hypothèque légale. Sur les immeubles de son mari, la femme aura rarement intérêt à se prévaloir de l'hypothèque conventionnelle du subrogé : son recours contre son mari est, en effet, garanti par l'hypothèque légale à un rang le plus souvent préférable à celui de l'hypothèque conventionnelle, puisqu'il remonte au jour même de la subrogation ; cependant si la subrogation a été consentie, par acte séparé, postérieurement à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, la femme primera les créanciers hypothécaires inscrits depuis le jour de l'inscription de l'hypothèque conventionnelle jusqu'à celui où a été consentie la subrogation (61), si

(60) Bourges, 30 juillet 1855, S. 55-2-586. — PLANIOL, RIPERT et BEQUÉ, op. cit., XIII, n^o 1408. — AUBRY et RAU, op. cit., § 264 ter, texte et note 80, III, p. 413. — GUILLOUARD, op. cit., II, n^o 858. — A. COLIN et CAPITANT, op. cit., II, p. 916.

(61) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, n^o 1135.

elle exerce l'hypothèque du subrogé ; elle n'aurait pas atteint ce résultat par l'exercice de son hypothèque légale.

Tels sont les effets de la subrogation, lorsqu'elle a été consentie en des termes généraux : la femme a alors transmis l'entier bénéfice de son hypothèque légale en garantie de la totalité de la créance du subrogé. Mais ces effets pourront être limités si les termes de la convention dont a bénéficié le subrogé, révèlent que telle a été l'intention des parties.

d) *Cas particuliers - Subrogations limitées*

La subrogation peut être limitée à une partie seulement de la créance du subrogé, qui ne pourra exercer l'hypothèque légale de la subrogeante que jusqu'à concurrence de la somme ainsi fixée : il ne sera colloqué qu'à pour le montant de cette somme, il ne sera préféré à la femme que dans cette même mesure, et non point pour la totalité de sa créance (62).

La subrogation peut encore n'être consentie qu'en tant que l'hypothèque légale de la subrogeante garantit certaines reprises déterminées. Le rang de collocation des créanciers, subrogés à l'exercice de l'hypothèque légale ainsi limitée, sera déterminé par le rang auquel aura droit l'hypothèque légale en raison de la nature des créances auxquelles s'appliquent la subrogation consentie (63), il ne sera fixé par la date des inscriptions ou mentions que si plusieurs subrogations successives avaient été consenties dans l'émolument de l'hypothèque correspondant à la même créance. La femme peut encore limiter la garantie accordée au

(62) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1403. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288, texte et note, 18 bis, III, p. 749. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, n° 1126.

(63) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, loc. cit. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis texte et note 44 bis, III, p. 782. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, n° 1124.

subrogé à une part aliquote de ses droits, le subrogé viendra à l'ordre pour le montant de sa créance, mais sa collocation ne saurait dépasser le montant de la part des reprises fixée par la convention (64). Si plusieurs subrogations successives ont été consenties pour des parts aliquotes distinctes, le créancier, dont la subrogation serait la première à avoir été rendue publique, ne jouirait d'aucune préférence sur les autres, il partagerait avec eux, dans la proportion de leurs subrogations respectives, le montant de la collocation obtenue du chef de la femme ; en effet, chacun d'eux exerce la même cause de préférence, mais pour une part distincte : il n'y a donc pas conflit entre eux et ils doivent venir en concours (65).

La subrogation peut enfin ne porter sur l'hypothèque légale qu'en tant qu'elle grève certains immeubles déterminés, les subrogés ne pourront alors s'en prévaloir que dans cette mesure (66). Si plusieurs créanciers bénéficient

(64) Il serait inexact, à notre avis, de dire que le subrogé et la femme viendront, sur la collocation obtenue par l'exercice de l'hypothèque légale, au marc le franc c'est-à-dire proportionnellement à leurs créances. Si la subrogation a été, par exemple, restreinte à la moitié des reprises de la subrogeante, le subrogé ne pourrait, en aucun cas, obtenir une collocation supérieure à cette moitié, même si sa créance était plus importante que le montant total de celles de la femme.

(65) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, loc. cit. — AUBRY et RAU, § 288, III, pp. 549-750. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1125. — Il faut, pour qu'il en soit ainsi, qu'il s'agisse de parts aliquotes distinctes. Si, au contraire, il ne s'agissait que d'une portion déterminée des reprises, il faudrait tenir compte de la date à laquelle les subrogations ont été publiées pour régler l'ordre de préférence des subrogés. Supposons, par exemple, que les reprises de la femme s'élèvent à 15.000 francs, la collocation du subrogé au tiers des reprises, qui le premier a rendu publique sa subrogation, ne pourrait pas excéder la somme de 5.000 francs. Cette collocation viendra en diminution des reprises de la subrogeante ou rejettera à un rang postérieur, l'hypothèque légale les garantissant. Selon que ce premier subrogé aura été créancier du mari ou de la femme, le second subrogé à la moitié des reprises, par exemple, ne pourra obtenir une collocation dépassant soit 7.500 francs, soit 5.000 francs ; encore faut-il que l'hypothèque légale vienne en rang utile pour toutes les créances garanties.

(66) Agen, 19 janv. 1808, D. 1900-1-281 (note CÉZAR-BRU). — PLANIOL,

de subrogations sur des immeubles différents, ceux-ci ne seront pas en concours dans l'exercice du droit de suite, mais il y aura conflit entre eux en ce qui concerne l'émolument de l'hypothèque, qui sera diminué par la collocation des subrogés, quel que soit l'immeuble sur lequel cette hypothèque ait été exercée. Il est donc essentiel de déterminer l'ordre dans lequel chacun des subrogés sera admis à invoquer, sur l'émolument de l'hypothèque, le droit de préférence qui lui a été transmis. Cet ordre devra être réglé par la date des inscriptions ou mentions requises par les divers subrogés (67). Il paraît, en effet, inadmissible de faire dépendre cette préférence du hasard des dates auxquelles les divers immeubles grevés seront réalisés et les ordres ouverts pour la distribution des prix. Le premier subrogé inscrit devra donc pouvoir se prévaloir de sa subrogation comme si les reprises de la femme étaient entières. Les subrogés antérieurs, comme les créanciers hypothécaires du mari, pourront donc être admis à réduire, à une collocation simplement éventuelle, le droit du subrogé, s'ils peuvent administrer la preuve que les droits de la subrogeante pourraient être épuisés par des subrogations antérieures sur d'autres immeubles (68).

RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, XIII, n° 1404. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, II, n° 1128.

(67) Req. 11 juillet 1894, D. 96-1-113, note DE LOYNES. S. 99-1-353, note Blondel, PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *loc. cit.* — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *loc. cit.* — L. et A. MERIGNAC, *op. cit.*, n°s 110-111. — Contra: TISSIER. Subrogations à l'hypothèque légale sur des immeubles différents. *Revue critique* 1900, p. 595 et suiv.

(68) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *loc. cit.* — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, n° 1130.

B) ACTES QUI OPÈRENT SUBROGATION - DE LA SUBROGATION
TACITE

Lorsque la femme mariée s'oblige solidairement ou conjointement au paiement d'une dette de son mari, garantie hypothécairement par celui-ci, la doctrine et la jurisprudence admettent unanimement que ce concours a pour effet de réaliser au profit du créancier une subrogation à l'hypothèque légale en tant qu'elle grève les immeubles du mari affectés par ce dernier à la sûreté de la créance (69). C'est ce qu'il a été convenu d'appeler une « subrogation tacite ». Pour que ce résultat soit atteint, il est indispensable que le mari ait constitué une hypothèque conventionnelle au profit du créancier ; il n'y aurait pas subrogation à l'hypothèque légale si le mari ne s'était engagé que chirographairement, même si, par la suite, une hypothèque naissait du jugement obtenu par le créancier chirographaire contre ses débiteurs conjoints ou solidaires sur le fondement de leur obligation (70). La subrogation

(69) Req. 2 avril 1829, D. Rep. v° Priv. et Hyp., n° 989, S. 29-1-194; Req. 4 févr. 1839, S. 39-1-107; Req. 8 août 1854, D. 55-1-337, S. 54-1-521; Civ. 25 févr. 1862, D. 62-1-240, S. 62-1-356; Req., 11 juin 1894, D. 96, 1-537, S. 98-1-483. En l'espèce, la Cour de Cassation a décidé que l'enfant doté solidairement par ses père et mère, avec hypothèque sur leurs immeubles, est subrogé tacitement à l'hypothèque légale de sa mère. Paris, 26 janvier 1819, S. 19-2-148; Lyon, 22 juillet 1819, D. Rep. v° Privilèges et hyp., n° 967, S. 20-2-129 ; Angers, 19 juin 1823, S. 23-2-315; Lyon, 24 mai 1850, D. 55-2-177, S. 50-2-532; Caen, 3 mai 1852, D. 54-2-20, S. 53-2-337; Metz, 22 janv. 1856, D. 56-2-152, S. 56-2-395. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1381. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, texte et note 10, III, p. 756. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1161 et 1162; L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 166 et suiv. — THÉZARD, op. cit., n° 110. — GULLOUARD, IV, n° 1740. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, n° 81 bis, XXI. — HUC, op. cit., XIII, n° 294. — MOURLON. Transcription n° 993. — BENECH. Le nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme sur les biens de son mari, n° 26. — BERTAULD, op. cit., n° 63 à 78.

(70) Civ. 14 mars 1865, D. 65-1-129, S. 65-1-209; Paris, 2 janvier 1836,

à l'hypothèque légale ne peut être obtenue d'une manière principale que du consentement de la femme, elle ne saurait lui être imposée par un jugement (71). Un créancier de la femme pourra obtenir judiciairement subrogation à l'hypothèque légale par le jugement de validité de la saisie-arrêt opérée entre les mains du mari, ce jugement réalisera le transport judiciaire des créances de sa débitrice, il sera alors subrogé à l'hypothèque légale, mais cette subrogation sera la conséquence de la cession judiciaire des créances saisies-arrêtées (art. 1692 C. Civ.) (72).

Suffira-t-il que la femme s'oblige conjointement ou solidairement au paiement de la dette hypothécaire du mari, ou faudra-t-il encore qu'elle concoure à la constitution de l'hypothèque conventionnelle consentie par ce dernier ? Certains auteurs (73) l'exigent, disant qu'à cette seule condition on pourra présumer que la femme a bien voulu

D. Rep. v° Priv. et Hyp. n° 961, S. 36-2-149; Caen, 15 juillet 1840, D. Rep. v° Priv. et Hypoth., n° 961, S. 40-2-522; Orléans, 2^e mai 1848, D. 48-2-185; S. 50-1-145; Orléans, 12 juillet 1854 S. 54-2-561; Orléans, 9 juin 1874, S. 74-2-302. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1382. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 756-757. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1063. — La subrogation résulterait de l'engagement pris par la femme dans un acte authentique, de payer le montant des condamnations prononcées par un jugement rendu contre son mari, puisque la nature même du titre révèle à la femme qu'il a frappé les biens du mari d'une hypothèque générale. — AUBRY et RAU, § 288 bis, note 9, III, p. 756. — L. et A. MERIGNAC op. cit., n° 169

(71) Si la femme a promis, par acte sous-seing privé, de subroger un créancier à son hypothèque, le Tribunal qui aura à statuer sur le défaut d'exécution de cette promesse, ne pourra pas réaliser, par son jugement, la subrogation promise, il ne pourra condamner la femme qu'à des dommages - intérêts. Il n'en serait pas de même si la promesse avait été faite par acte authentique, dans ce cas, en effet, la promesse vaudrait subrogation, seule la date en serait différée. Paris, 14 déc. 1893, Pand. fr. 95-2-157. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 30. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1792.

(72) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, II, n° 1063. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 168.

(73) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1382. — GAUTHIER. Subrogations, n° 378. — BENECH, op. cit., n° 25.

subroger à son hypothèque légale ; cependant, la majeure partie de la doctrine n'est pas de cet avis, estimant que la connaissance qu'a eue la femme de l'hypothèque concédée par le mari, le silence qu'elle a gardé en ce qui la concerne, impliquent suffisamment qu'elle a consenti à ne point faire obstacle à son efficacité par sa propre hypothèque (74). Même si la femme avait concouru à la constitution d'hypothèque, il ne serait pas pour cela juridiquement certain qu'elle ait voulu subroger le prêteur à son hypothèque légale. Quand un créancier hypothécaire concourt à la constitution d'une nouvelle hypothèque au profit d'un tiers sur l'immeuble qui a été précédemment affecté par le débiteur à la garantie de sa créance, il en résulte, si son concours ne peut être autrement expliqué, non point une subrogation à son hypothèque, mais une simple cession d'antériorité (75). Pourquoi, quand le créancier hypothécaire n'est autre que la femme du débiteur, en serait-il autrement ? La doctrine et la jurisprudence sont pourtant unanimes à reconnaître que le concours de la femme à une obligation hypothécaire du mari ou à la constitution de l'hypothèque consentie par celui-ci réalise, non point une cession d'antériorité, mais une véritable subrogation (76). La même unanimité se trouve, il est vrai, quand il s'agit de décider que la subrogation translatrice tacite ne peut s'induire que d'actes qui la font nécessairement supposer, qu'il faut que l'intervention de la femme ne puisse pas s'expliquer par toute autre raison : s'il y avait quelque

(74) AUBRY et RAU. — Op. cit., § 288 bis, texte et note 10 in fine, III, p 756. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1062. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 170. — PONT, op. cit., I, 464. — THÉZARD, op. cit., n° 110. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, IX, n° 81 bis, XIX, XXI, — BERTAULD, op. cit., n° 72.

(75) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1304. — AUBRY et RAU, op. cit., § 292, III, p 817. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., III, n° 2262.

(76) Voir en particulier, Req., 8 août 1854 et Jugement de Péronne, 16 déc. 1853, D. 55-1-337, S. 54-1-521.

motif qui expliquât sa présence à l'acte, l'idée de subrogation tacite serait écartée, parce que les renonciations ne se présument pas et doivent être interprétées restrictivement (77). Or, le concours de la femme à une obligation hypothécaire ou chirographaire de son mari aura toujours un intérêt pour le créancier de ce dernier, en lui permettant de poursuivre la femme pour obtenir paiement de sa créance dans la mesure où celle-ci s'y est obligée, d'exercer même son hypothèque légale (art. 1166 C. Civ.), sans toutefois pouvoir s'en attribuer le profit à l'exclusion des autres créanciers de la femme.

Si nous n'examinons donc que les arguments juridiques sur lesquels les auteurs appuient leur opinion pour décider des effets à reconnaître, soit à l'engagement conjoint ou solidaire de la femme à une obligation même hypothécaire du mari, soit au concours de celle-ci à la constitution d'une hypothèque sur un immeuble déjà grevé de son hypothèque légale, nous serions amené à décider qu'une simple obligation chirographaire excluant toute idée de subrogation résulterait de cet engagement, et une cession d'antériorité de ce concours. Une idée de protection des tiers contractants avec les époux ne saurait être invoquée comme étant susceptible de modifier cette opinion (78).

(77) Req. 4 juin 1855, D. 55-1-389, S. 55-1-743; Req. 30 juin 1856, D. 57-1-93, S. 57-1-260; Paris, 27 mai 1848, D. 48-2-128, S. 49-2-283. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XIII, n° 1382. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 753. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, nos 1049 et 1062. — GUILLOUARD, op. cit. IV, n° 1724.

(78) Req., 8 août 1854, D. 55-1-337, S. 54-1-521. — Cet arrêt juge qu'en s'obligeant solidairement avec son mari, lorsque cette obligation a été accompagnée d'une constitution d'hypothèque sur les biens du mari, « la femme consent non une simple cession d'antériorité, emportant des arrières pensées ou des réserves qui eussent été un piège tendu à la bonne foi du créancier, mais une véritable subrogation dans l'effet de son hypothèque légale ». S'il y avait eu « piège » il aurait été tendu par les créanciers qui pouvaient exiger de la femme une subrogation expresse; les tribunaux doivent envisager plutôt la protection de l'incapable que celle de ses co-contractants.

La théorie de la subrogation à l'hypothèque est née de la pratique et on ne saurait négliger les arguments historiques qui peuvent nous éclairer sur les origines de cette convention. Or, il n'est pas douteux pour nous qu'en élaborant la théorie de la subrogation à l'hypothèque, les praticiens, toujours routiniers, aient voulu faire produire au concours de la femme à un acte d'obligation du mari, sous l'empire de notre Droit Moderne, les mêmes effets reconnus par notre Ancien Droit. Le simple engagement de la femme d'acquitter conjointement ou solidairement avec son mari une dette de celui-ci avait alors pour résultat de permettre au créancier, en bénéficiant, de venir en sous-ordre sur la collocation de la femme, selon le rang déterminé par la date de son obligation, à condition qu'elle ait été contractée devant notaire. L'acte notarié emportait, en effet, dans notre Ancien Droit, constitution d'hypothèque sur tous les biens présents et à venir du débiteur, qu'il fut principal, conjoint ou solidaire ; les créanciers hypothécaires de la femme venaient en sous-ordre selon le rang de leur hypothèque (déclaration du 30 novembre 1681 précitée). Rien n'a été changé à l'état de choses antérieur. Si, aujourd'hui, la subrogation ne porte que sur les immeubles conventionnellement hypothéqués par le mari, il ne faut pas oublier que, dans notre Ancien Droit, l'acte d'obligation notarié emportait hypothèque générale : la femme transmet donc aux créanciers le bénéfice exclusif de son hypothèque toujours dans la même mesure où le mari est tenu hypothécairement. La publicité, généralement imposée à notre régime hypothécaire, a été appliquée à la pratique des subrogations par la loi du 23 mars 1855 qui exige aussi la forme authentique, c'est-à-dire le plus souvent l'acte notarié. La subrogation tacite a été à l'origine de l'élaboration de la théorie des subrogations à l'hypothèque, et telle est la seule raison que l'on puisse invoquer pour approuver la jurisprudence et partager l'opinion de ceux

qui veulent faire résulter une subrogation du simple concours de la femme à l'acte d'obligation hypothécaire du mari.

Pour décider que le concours de la femme à l'obligation du mari ou à la constitution de l'hypothèque en garantissant l'exécution implique subrogation, la doctrine et la jurisprudence ont admis que, par le seul fait de son concours, la femme exprimait son intention de renoncer, au profit du créancier du mari, à son hypothèque légale et, par cette renonciation tacite, elle lui transmettait le bénéfice de son action hypothécaire. La subrogation résultera aussi de la renonciation, non plus tacite mais expresse, consentie par la femme en faveur d'un de ses créanciers ou d'un créancier de son mari (79). Cette renonciation en faveur d'un créancier doit être très nettement distinguée de la renonciation consentie au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari (80). L'effet translatif de la renonciation en faveur d'un créancier a été d'ailleurs contesté ; certains auteurs, ne voulant y voir qu'une simple promesse d'abstention, soutenaient que les renonciations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient jamais que privatives ou extinctives (81). Aucun doute n'est plus possible aujourd'hui : la loi du 23 mars 1855 plaçant sur la même ligne les renonciations et cessions formelles de l'hypothèque, nous devons reconnaître que la renonciation aura un

(79) Lyon, 7 avril 1854, S. 54-2-577. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, XIII, n° 1379. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, texte et note 28, III, p. 775. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n°s 1064, 1110 et 1111. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1770. — BEUDANT, op. cit., II, n° 841. — HUC, op. cit., XIII, n° 293. — THÉZARD, op. cit., n° 109. — L. c. A. MERIGNAC, op. cit., n° 25 et suiv.

(80) La renonciation au profit du tiers acquéreur est, comme nous le verrons plus loin, simplement extinctive et non translatif; elle a pour but de dégrever de l'hypothèque légale l'immeuble acquis en dispensant le tiers acquéreur de recourir à la procédure de purge.

(81) Paris, 24 août 1853, S. 53-2-545. — PROUDHON. De l'usufruit V, n° 2339. — MOURLON. Des subrogations, p. 598 et suiv. — BENECH, op. cit., p. 64 et suiv.

effet translatif et permettra au créancier en bénéficiant d'être dans une situation absolument identique à celle du subrogé. Comme la subrogation, la renonciation peut être limitée à certains immeubles du mari, et c'est d'ailleurs le cas le plus fréquent lorsque le créancier qui en bénéficie est un créancier hypothécaire du mari.

La subrogation résultera aussi de la convention par laquelle la femme cède ses reprises en garantie d'une créance. La cession en garantie, portant le plus souvent sur des reprises éventuelles et indéterminées, diffère de la cession-transport qui ne peut porter que sur une créance déterminée et ne peut être consentie qu'en échange d'un prix ou en paiement d'une dette. Si un créancier de la femme obtient, en garantie de sa créance, la cession des reprises que la débitrice aura à exercer contre son mari, il ne devient pas pour cela créancier du mari, il pourra seulement exercer l'hypothèque légale de sa débitrice en paiement de sa créance personnelle. L'intention de la femme, malgré les termes employés, n'aura pas été de transmettre sa créance hypothécaire, mais seulement le bénéfice de l'hypothèque la garantissant : l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 s'appliquera, et non point l'art. 1690 du Code Civil, qui se serait appliqué, au contraire, si les termes et les circonstances de la convention prouvaient que les parties avaient bien voulu réaliser une cession-transport.

Quant l'intervention de la femme a lieu au profit d'un créancier, l'acte produit donc toujours les mêmes effets, que les parties l'aient qualifié de cession, subrogation ou renonciation ; quels que soient les termes employés, le créancier sera autorisé à exercer les droits hypothécaires de la femme aux lieu et place de celle-ci (82).

(82) Toulouse, 29 février 1892, D. 92-2-277. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.* XIII, n° 1379. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, II, n° 1058-1064. — A. COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, p. 914-915.

§ 2. — DE LA CESSION D'ANTERIORITE

La cession d'antériorité est une convention par laquelle la femme s'oblige à laisser colloquer à son propre rang, sur le prix des immeubles de son mari, un créancier hypothécaire qui ne devrait obtenir collocation qu'après elle, et consent à n'être colloquée elle-même qu'au rang de ce créancier (83). Elle constitue une subrogation partielle à l'hypothèque : elle ne porte, en effet, que sur le droit de préférence et n'intéresse pas le droit de suite ; elle n'est pas, pour le bénéficiaire, une garantie nouvelle pour le recouvrement de sa créance, mais l'amélioration d'une garantie personnelle en lui permettant d'obtenir à l'ordre un rang préférable (84) ; elle ne pourra intervenir qu'en faveur d'un créancier hypothécaire du mari, qui, pour pouvoir s'en prévaloir, devra conserver son hypothèque conventionnelle (85). Cette condition n'est pas imposée au subrogé, car le bénéfice de l'hypothèque légale de la subrogeante lui est transmis indépendamment de toute garantie qu'il a pu obtenir de son débiteur. Cette restriction est la seule qui différencie la cession d'antériorité de la subrogation. Le cessionnaire sera, en effet, dans une situation absolument analogue à celle d'un créancier dont la subrogation à l'hypothèque

(83) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit. XIII, n° 1304. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288, texte et note 2, III, p. 742. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n°s 907 et 1059. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 155 et suiv. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1704. — LAURENT, Principes de Droit Civil Français, xxxi, n° 330. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., ix, n° 75 bis, xvi. — Sur l'interprétation de ces conventions, voy. : Req., 31 janv. 1883, D. 83-1-316, S. 84-1-341 ; Req. 18 juillet 1887, D. 87-1-475, S. 90-1-455, Req. 9 janv. 1893, D. 95-1-105 (note DE LOYNES), S. 94-1-73 ; Req. 8 nov. 1898, S. 99-1-399.

(84) Bordeaux, 4 avril 1870 et sur pourvoi Req. 8 avril 1872. D. Rep. Suppl. v° Priv. n° 1012, S. 72-1-242.

(85) AUBRY et RAU, op. cit., § 288, note 7, III, p. 744-745. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 907. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1704.

pothèque légale a été limitée à certains immeubles du mari. Sur les immeubles affectés conventionnellement à la sûreté de sa créance, le cessionnaire exercera le droit de suite attaché à son hypothèque conventionnelle, et sur le prix provenant de leur réalisation, le droit de préférence inhérent à l'hypothèque légale de la cédante. Comme la subrogation, la cession d'antériorité sera soumise pour sa validité et son efficacité aux conditions d'authenticité et de publicité prescrites par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, qui règlera le concours entre divers cessionnaires ou entre cessionnaires et subrogés. Comme le subrogé, le cessionnaire produira à l'ordre pour le montant de sa créance alors même que la cédante n'y produirait pas (86), et y exercera le droit de préférence de la femme pour obtenir collocation jusqu'à concurrence des reprises de celle-ci (87). La femme ne pourra céder son droit de préférence que dans les mêmes conditions et dans la même mesure où elle pouvait subroger à son hypothèque. Elle aura, qu'il s'agisse de cession d'antériorité ou de subrogation, les mêmes voies de recours contre son mari : elle pourra non seulement venir au rang de l'hypothèque conventionnelle du cessionnaire, mais encore se prévaloir de l'hypothèque légale qui garantit, du jour de la cession, sa créance contre son mari, débiteur principal du cessionnaire désintéressé par l'exercice, dans l'ordre, du droit de préférence attaché à son hypothèque légale.

(86) Pau, 17 juin 1889, D. 90-2-21.

(87) Nancy, 13 juillet 1866, D. 87-2-141. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, loc. cit.

§ 3. — DE LA PROMESSE D'ABSTENTION ET DE LA RENONCIATION EXTINCTIVE

Au lieu de céder son rang au créancier hypothécaire du mari, la femme peut encore lui promettre de ne pas réclamer collocation dans les ordres où il interviendra. La promesse d'abstention est, par nature, purement extinctive, elle ne transmet au bénéficiaire aucun des attributs de l'hypothèque légale dont la femme renonce simplement à se prévaloir dans la mesure où elle porterait ainsi préjudice au créancier qui a bénéficié de cette stipulation.

La promesse d'abstention, consentie à un des créanciers du mari, ne saurait ni nuire, ni profiter aux autres créanciers qui sont restés étrangers à cette convention (88). Ce principe nous oblige à reconnaître que la promesse d'abstention peut avoir un certain effet translatif et se rapproche ainsi de la cession d'antériorité ou de la subrogation à l'hypothèque. Le bénéficiaire pourra, en effet, demander à être colloqué au rang de l'hypothèque légale, mais sa collocation sera limitée, non seulement au montant de sa créance, mais encore à l'utilité qu'aurait eu pour lui l'abstention de la promettante, c'est-à-dire à la somme qui aurait été le montant de sa collocation obtenue à son rang personnel, si la femme n'avait pas produit à l'ordre. Cet effet translatif, qui vient en contradiction avec la nature même de cette convention, est nécessaire pour lui faire réaliser ce qui a été indiscutablement la volonté et l'intention des parties.

La promesse doit, pour être valable, être consentie dans un acte authentique, et le bénéficiaire doit la rendre publique s'il veut empêcher les subrogés postérieurs d'exercer l'hypothèque légale de la promettante à son préjudice.

(88) Paris, 15 déc. 1881 et sur pourvoi Req. 31 janv. 1883, D. 83-1-316, S. 84-1-541; Req. 9 janv. 1893, D. 95-1-105 (note de LOYNES); S. 94-1-73.

Le droit de produire à l'ordre n'est pas réservé aux créanciers hypothécaires, les créanciers chirographaires sont également admis à demander collocation pour le montant de leurs créances : ils pourront donc bénéficier, eux aussi, d'une promesse d'abstention (89). Cette garantie est d'ailleurs pour un créancier chirographaire, un peu illusoire, puisque sa collocation sera limitée à la somme qu'il aurait touchée si la femme n'avait pas produit : il devra donc subir le concours des subrogés à l'hypothèque de la promettante inscrits avant lui, celui de tous les créanciers hypothécaires et chirographaires de son débiteur ; de plus, si l'immeuble a été aliéné par le mari, la promesse d'abstention ne produira plus aucun effet, puisque le bénéficiaire, simple créancier chirographaire, n'a plus aucun droit sur le bien sorti du patrimoine de son débiteur.

La femme mariée peut encore renoncer à son hypothèque légale, non plus à l'encontre d'un créancier mais d'un tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté. Cette renonciation peut être expresse ou tacite. La loi du 13 février 1889 en a réglementé la forme, les conditions et les effets. La publicité de cette convention est réalisée par la transcription de l'acte d'aliénation la contenant, ou par la mention de la renonciation consentie par la femme en marge de la transcription préexistante. Cette publicité rendra la renonciation opposable aux tiers, et empêchera notamment les créanciers subrogés à l'hypothèque légale de s'inscrire utilement sur l'immeuble aliéné (90) ;

(89) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1325. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 908.

(90) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1419. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, note 27 sexies, III, p. 773. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1104. — CÉZAR-BRU. Renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur, p. 88. Si le subrogé a publié sa subrogation le jour même où l'acquéreur a rendu public la renonciation, il appartient au juge de rechercher, d'après les circonstances de la cause, laquelle des deux formalités a été accomplie la première. Sans fournir à cet égard une preuve légale, puisqu'il n'a pas

ceux-ci pourraient rendre leur subrogation opposable au tiers acquéreur en la publiant par inscription ou mention, même postérieurement à la renonciation, tant que l'acquéreur n'a pas transcrit l'acte d'aliénation contenant la renonciation (91). La renonciation n'est qu'extinctive du droit de suite attaché à l'hypothèque légale, elle ne transmet au tiers acquéreur aucun droit ni sur les reprises de la renonçante, ni à l'exercice de l'hypothèque légale (92). La femme, malgré sa renonciation, pourra exercer à l'encontre du tiers acquéreur, les droits de son mari (art. 1166 C. Civ.) et, notamment, le privilège de l'art. 2103 1° C. Civ. ou l'action résolutoire, si ces deux droits ont été régulièrement conservés. La résolution de la vente aurait pour effet d'anéantir rétroactivement la renonciation dont avait bénéficié l'acquéreur (93).

La renonçante conserve également son droit de préférence sur le prix dû par l'acquéreur ; celui-ci, en effet, n'a aucun intérêt à l'en dépouiller au profit des créanciers hypothécaires du mari. Si un ordre est ouvert, soit sur l'initiative de la femme, soit parce que l'acquéreur désire purger l'immeuble des hypothèques inscrites, soit que, par

de force probante à l'égard des tiers, le registre des dépôts pourra être utilement consulté. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, op. cit. II, n° 1109.

(91) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1421. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 785-786. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, op. cit., II, n° 1143. — HUC, op. cit., XIII, n° 303. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 210. — CEZAR-BRU, op. cit., p. 130. — WABLE, Traité des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur, n° 108.

(92) Nous verrons, en effet, plus loin que si le tiers acquéreur peut être subrogé à l'hypothèque légale. Cette subrogation ne résulte pas de la renonciation elle-même, mais du paiement effectué par le tiers-acquéreur avec le consentement de la renonçante.

(93) Paris, 10 février 1873, D. 74-2-133 et sur pourvoi Req. 13 juillet 1874, D. 76-1-121, S. 75-1-145. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, loc. cit. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, III, p. 795-797. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, op. cit., II, n° 1071. — HUC, op. cit., T. XIII, n° 296. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 202.

la suite, les créanciers hypothécaires du mari poursuivent l'acquéreur en sa qualité de tiers détenteur, la femme pourra demander à être colloquée sur le prix mis en distribution jusqu'à concurrence du montant de ses créances, par préférence à tous les créanciers hypothécaires dont le rang est inférieur à celui de son hypothèque (94). Aucune publicité n'est imposée pour la conservation de ce droit de préférence (95), l'hypothèque légale, en tant qu'elle grève l'immeuble aliéné, est éteinte ; il ne s'agit plus d'un droit réel, mais seulement d'un droit de créance dont la conservation ne saurait être soumise à publicité.

La femme renonçante devient créancière du tiers acquéreur jusqu'à concurrence de la collocation qu'elle est en droit d'obtenir, du chef de son hypothèque légale, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de vente. Elle est dans la même situation que le créancier hypothécaire qui a accepté l'offre faite par le tiers acquéreur désirant purger.

La femme conserve l'absolue disposition de son droit de créance contre le tiers acquéreur, elle peut renoncer à l'exercer à son encontre soit expressément, soit tacitement en consentant au paiement fait entre les mains du mari. Le concours de la femme à l'acte de quittance constatant le paiement soit total, soit partiel, fait entre les mains du mari, implique sa volonté d'y consentir. Elle pourra encore le céder à un tiers, qui, pour être saisi de la cession dont il bénéficie, devra la signifier au débiteur cédé, c'est-à-dire au tiers acquéreur (art. 1690 C. Civ.).

(94) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, XIII, n° 1422. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 288 bis, note 67, III, p. 789. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, II, n° 1145. — BEUDANT, *op. cit.*, II, n° 850. — GUILLOUARD, *op. cit.*, IV, n° 1822. — CÉZAR-BRU, *op. cit.*, pp. 101-103. — WABLE, *op. cit.*, n° 100. — DE LOYNES, note sous Orléans, 21 mars 1894, D. 94-2-529.

(95) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *loc. cit.* — AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 288 bis, III, p. 789. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, II, n° 1149. — CÉZAR-BRU, *op. cit.*, p. 116 à 119. — WABLE, *op. cit.*, n° 125 à 128.

Le droit de créance de la femme est d'une nature privilégiée, puisqu'elle peut invoquer son hypothèque légale à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari. Le cessionnaire ou le tiers acquéreur qui s'est libéré à l'égard de la femme par le paiement fait soit au mari, avec le consentement de sa débitrice, soit au cessionnaire de celle-ci, sera subrogé à ses droits et pourra se prévaloir de l'hypothèque légale dans la mesure de la cession faite ou du paiement effectué. S'il y avait conflit entre le cessionnaire impayé et le tiers acquéreur qui s'est acquitté de sa dette entre les mains du mari avec le consentement de la femme, la comparaison de la date certaine de l'acte contenant le consentement de la femme au paiement avec la date de la signification faite par le cessionnaire au tiers acquéreur, débiteur cédé, déterminera lequel des deux sera admis à exercer les droits de la femme (96).

Si la femme n'a consenti qu'à un paiement partiel fait entre les mains de son mari ou si la cession n'est que partielle, il pourra arriver que la femme soit en concours avec le cessionnaire ou avec le tiers acquéreur. Dans l'un et l'autre cas, sa situation ne sera pas identique : le cessionnaire sera toujours préféré à la femme, tandis qu'au contraire, le tiers acquéreur devra subir son concours et la femme lui sera préférée pour le montant du prix de vente que l'acquéreur n'a pas payé ou qu'il a payé au mari sans le consentement de la femme. Cette solution, bien que nous n'ayons trouvé aucune allusion dans la doctrine, ni aucune décision jurisprudentielle s'y rapportant, nous paraît devoir être admise en vertu des principes généraux qui s'imposent en la matière. Elle montre combien la natu-

(96) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1430. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., n° 1168. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1851. — TISSIER, *Revue Critique*, 1889, p. 628-657. — WABLE, op. cit., n° 163.

Contra: ESCORBIAC, Commentaire de la loi du 13 février 1889, dans *Lois nouvelles* 1890, p. 164.

re juridique de la subrogation, au profit du tiers acquéreur, résultant du concours de la femme à l'acte de quittance du prix, diffère profondément de la subrogation à l'hypothèque même limitée au droit de préférence (cession d'antériorité).

L'exercice du droit de préférence, soit par la femme, soit par un subrogé, à un titre quelconque à ce droit, réduit le montant des reprises de la femme. Si c'est le mari qui a reçu paiement avec le consentement de sa femme, une nouvelle créance de la femme naît contre lui ; cette créance sera garantie par l'hypothèque légale mais seulement à la date du paiement effectué, son montant est fixé non point à la somme ainsi payée, mais à la collocation qu'aurait pu obtenir la femme par l'exercice de son hypothèque légale dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix d'aliénation. Si le créancier qui a bénéficié de la cession du droit de préférence, est un créancier du mari envers lequel la femme s'était obligée solidairement ou conjointement, l'hypothèque légale ainsi née au profit de la femme aura rang, non pas du jour du paiement effectué par le tiers acquéreur, mais du jour de l'obligation solidaire ou conjointe. Dans tous les cas, les subrogés à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari sont fondés à réduire la collocation obtenue par l'exercice du droit de préférence à une simple collocation éventuelle, s'ils peuvent administrer la preuve que les reprises de la femme auraient été absorbées par des subrogations antérieures consenties sur d'autres immeubles du mari. (Supra p. 100).

TROISIEME PARTIE

**RECHERCHE DE LA NATURE
JURIDIQUE DE LA SUBROGATION
A L'HYPOTHEQUE**

Nous nous bornerons, dans cette dernière partie, à rechercher la nature juridique des conventions nettement translatives du droit d'hypothèque, qu'elles s'appliquent soit au droit de suite et au droit de préférence, soit seulement au droit de préférence. Quelles que soient, en effet, les limites que la volonté des parties assigne à la convention, la nature juridique de celle-ci ne saurait en être modifiée. Le cessionnaire, pour pouvoir se prévaloir de la cession d'antériorité qui lui a été consentie, doit conserver son hypothèque personnelle sur les immeubles affectés à la fois à la garantie de sa créance et de celle du cédant, mais cette condition réalisée, il se trouvera, dès le moment où la cession d'antériorité est intervenue, dans une situation absolument analogue à celle du subrogé (1). La cession

(1) *Supra*, pp. 108-109.

d'antériorité et la subrogation à l'hypothèque sont, à notre avis, d'une nature juridique identique (2).

Il ne saurait en être de même pour la promesse d'abstention ou pour la renonciation à l'hypothèque consentie au profit du tiers acquéreur d'un immeuble grevé de cette hypothèque. Ces conventions, au lieu d'être translatives du droit d'hypothèque, sont abdicatives et extinctives.

Si nous avons été amené à reconnaître à la promesse d'abstention un certain effet translatif, celui-ci ne résulte pas de la convention elle-même, il n'intervient qu'au moment de sa réalisation. Le bénéficiaire de la promesse d'abstention ne peut pas, par exemple, s'opposer au paiement par le mari des reprises de la promettante, ni au cantonnement ou à la réduction de l'hypothèque légale dont la promesse d'abstention ne lui a pas transmis le bénéfice. S'il est admis à venir à l'ordre au rang de l'hypothèque de la promettante, c'est pour faire réaliser à la promesse d'abstention, qui ne peut profiter qu'au bénéficiaire, ce qui a été indiscutablement l'intention des parties.

Le tiers acquéreur au profit duquel la femme a renoncé à son hypothèque légale, peut être également subrogé au droit de préférence attaché à cette hypothèque. Par la renonciation au droit de suite, la femme consent à transporter ses droits de l'immeuble aliéné sur le prix offert par l'acquéreur. L'hypothèque a eu, dès ce moment, son effet légal et cesse d'exister en tant qu'elle grevait l'immeuble aliéné. Le tiers acquéreur sera, à l'égard de la femme renonçante, exactement dans la même situation qu'à l'égard des créanciers hypothécaires qui ont expressément ou tacitement accepté les offres à fin de purge. Il devient débiteur de la femme pour le montant des reprises garanties par l'hypothèque légale grevant l'immeuble acquis jusqu'à concurrence du prix offert. Le recouvrement de cette créance

(2) MOURLON. — De la Transcription, n° 945.

de la femme sera garanti, à l'encontre des autres créanciers du mari, par le droit de préférence attaché à l'hypothèque légale. La femme pourra céder son droit de créance à un tiers. Elle pourra également renoncer à l'exercer à l'encontre du tiers acquéreur, qui sera alors dans la même situation que le créancier du mari ayant bénéficié d'une promesse d'abstention. Troublé dans la possession de l'immeuble acquis par des poursuites de créanciers hypothécaires, le tiers acquéreur, après avoir délaissé l'immeuble du mari, se fera colloquer, dans l'ordre ouvert, au rang de l'hypothèque légale et jusqu'à concurrence des reprises de la renonçante, pour le montant du prix qu'il a payé.

Si le tiers acquéreur paye le prix de la vente soit entre les mains du cessionnaire de la femme, soit entre celles du mari avec le consentement de la renonçante, il sera subrogé, jusqu'à concurrence de la somme ainsi payée, au droit de préférence assurant le recouvrement de la créance que la femme a cédé ou pour laquelle elle a autorisé son mari, par son consentement, à recevoir paiement : cette subrogation résultera donc du paiement effectué (art. 1251 2° C. Civ.). Le mari est censé recevoir paiement pour sa femme. Le tiers acquéreur paie une dette du mari entre les mains de ce dernier. Les reprises matrimoniales de la femme en seront diminuées d'autant, mais une nouvelle créance naîtra à son profit à l'encontre du mari qui a reçu paiement à son lieu et place. Cette nouvelle créance de la femme contre son mari sera garantie par l'hypothèque légale, mais celle-ci ne prendra rang que du jour où est née la créance garantie, c'est-à-dire du jour du paiement effectué par le tiers acquéreur (3).

La femme sera préférée au tiers acquéreur qui n'a opéré

(3) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, *op. cit.*, XIII, n° 1429. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 288 bis, note 79, III, p. 794. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.* II, n° 1160. — GUILLOUARD, *op. cit.* IV, n° 1844. — L. et A. MERIGNAC, *op. cit.*, n° 221.

qu'un paiement partiel avec le consentement de la renonçante, pour la partie du prix qui n'a pas été payée ou qui l'a été sans que la femme y ait consenti. Ce résultat est contraire au principe de la subrogation à l'hypothèque qui veut que le subrogé soit toujours préféré à la subrogeante, il s'explique par les termes de l'article 1252 du Code Civil qui stipule que la subrogation résultant d'un paiement ne peut nuire au créancier qui n'a été payé qu'en partie, celui-ci pourra alors exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

Le mari reçoit paiement en sa qualité de vendeur, mais aussi comme mandataire de sa femme qui a droit à une partie indéterminée du prix de vente en sa qualité de créancière hypothécaire de reprises indéterminées. On pourrait considérer que ce mandat résulte de l'acte de renonciation à l'hypothèque, car si la femme renonce à son hypothèque, c'est pour permettre au vendeur de toucher le prix de l'aliénation, sans que le tiers acquéreur ait besoin de recourir à la procédure de purge des hypothèques légales. En restreignant cette renonciation au seul droit de suite, le législateur a voulu que la mandante surveille l'exécution du mandat donné, en intervenant à l'acte de quittance du prix.

Un argument vient, croyons-nous, à l'appui de notre théorie qui est aussi, en ces grandes lignes, celle soutenue par ESCORBIAC (4) : alors que l'authenticité est exigée, à peine de nullité, pour tous les actes réalisant une subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, même limitée au droit de préférence, l'acte de quittance, d'où il résultera une subrogation au profit du tiers acquéreur peut être sous seing privé (5).

(4) ESCORBIAC. — *Lois nouvelles*, 1890, p. 154 et 162. — Contra: WABLE, op. cit., n° 145.

(1) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit. XIII, n° 1424. — AUBRY et RAU,

Nous n'insisterons pas davantage sur la nature juridique des conventions extinctives et nous étudierons, dans les chapitres suivants, les différentes théories émises par la doctrine pour expliquer la nature juridique des conventions sur l'hypothèque nettement translatives : subrogation et cession d'antériorité. Ces théories peuvent être rattachées à deux titres principaux suivant qu'on fait porter ces conventions soit sur la créance hypothécaire, soit seulement sur le droit d'hypothèque qui y est attaché. Nous examinerons séparément chacune de ces théories et nous nous demanderons si elles peuvent justifier les effets que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent à la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

op. cit., § 288 bis, texte et note 71, III, p. 790. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n^{os} 1152-1153. — GUILLOUARD, op. cit., IV n^o 1830-1831, 1840. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n^o 218. — DALMBERT, op. cit., p. 360. — CEZAR-BRU, op. cit., p. 150. — TISSIER, *Revue Critique*, 1889, p. 652.

Contra : BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de Droit civil, II, n^o 1519. — ESCORBIAC, *Lois nouvelles*, 1890, p. 154 et 162.

CHAPITRE PREMIER

LA SUBROGATION NE PORTE PAS SUR LA CREANCE ELLE-MEME GARANTIE PAR L'HYPOTHEQUE

Pour certains auteurs cependant, c'est bien la créance hypothécaire qui est engagée par la subrogation, et non point seulement le droit d'hypothèque en garantissant le recouvrement. Le subrogeant opèrerait, par cette convention, soit une véritable cession de créance, soit un nantissement. BERTAULD et BENECH, qui soutiennent ces théories, partent, tous deux, d'une idée fort exacte : l'hypothèque ne peut pas exister indépendamment de la créance qu'elle a été appelée à garantir originellement ; ils en déduisent que la convention de subrogation ne peut porter que sur la créance hypothécaire.

Pour BERTAULD, c'est le caractère de transport qui prédomine dans la subrogation (1) ; sans doute, le transport réalisé n'est qu'éventuel et subordonné à l'intérêt du subrogé, mais la propriété des créances garanties par l'hypothèque

(1) BERTAULD. — Op. cit., n° 6-51-88.

que, objet apparent de la convention, passe au subrogé du jour du contrat et le subrogeant ne la conserve qu'au cas où il ne serait pas fait usage de la subrogation (2). BERTAULD reconnaît que l'idée de gage n'est pas exclue du contrat de subrogation à l'hypothèque, mais celui-ci doit cependant être considéré comme régi par l'article 1690 et non par les articles 2075 et 2076 du Code Civil (3).

La publicité et l'authenticité, exigées par l'article 9 de la loi de 1855 pour les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, sont, d'après cet auteur, de nouvelles conditions complémentaires d'appropriation, mais le subrogé n'a nullement été affranchi de l'obligation de remplir les conditions anciennes, c'est-à-dire de signifier la cession dont il bénéficie au débiteur cédé ou d'obtenir l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique (4).

Si le subrogé n'est pas désintéressé et s'il est appelé à se prévaloir de la subrogation, cette convention aura pour lui les mêmes effets que s'il avait bénéficié d'une cession de créance. Le subrogeant, ayant été dessaisi de la propriété des créances garanties par l'hypothèque à laquelle il a subrogé, ne pourra pas lui opposer l'extinction de ces créances par voie de confusion ou de compensation (5).

La femme mariée sous le régime dotal, qui aura été autorisée, par son contrat de mariage, à vendre ou à échanger ses biens dotaux, pourra subroger à son hypothèque, puisqu'elle réalise par cette convention une véritable cession de ses reprises et que son contrat de mariage l'y autorise par une clause expresse dérogeant au principe de l'inaliénabilité de la dot (6).

(2) BERTAULT. — Op. cit., n° 154-185. — BERTAULT voit dans la subrogation une cession de créance sous une condition résolutoire qui se réaliserait par le désintéressement du subrogé.

(3) BERTAULD. — Op. cit., n° 88.

(4) BERTAULD, op. cit. n° 107.

(5) BERTAULD, op. cit., n°s 117-124.

(6) BERTAULD, op. cit., n° 57.

La jurisprudence et la doctrine sont loin, comme nous l'avons vu, d'avoir reconnu de tels effets à la subrogation à l'hypothèque. Cependant, la Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 février 1867 (7), semblait avoir voulu admettre que la subrogation consentie par une femme mariée à son hypothèque légale comportait nécessairement en elle-même la cession des créances garanties par l'hypothèque, objet de la subrogation. Il n'en est rien cependant, et l'examen des faits de la cause nous prouve que la Chambre des Requêtes a seulement condamné la théorie qui voulait assurer à l'hypothèque une existence propre, indépendamment de la créance garantie.

A la suite de la faillite de son mari, la dame X... avait obtenu la séparation de biens et fait liquider ses reprises. L'acte de liquidation la reconnaissait créancière d'une somme de 46.000 francs représentant le montant de ses reprises et de diverses autres pour créances éventuelles résultant de dettes contractées par elle conjointement avec son mari. Au cours du mariage, la dame X... avait consenti des subrogations à son hypothèque légale au profit de créanciers chirographaires de son mari. Quelque temps après la déclaration de faillite, divers ordres sont ouverts pour la distribution du prix des immeubles du mari, vendus à la diligence du syndic, les subrogés y furent colloqués pour l'intégralité de leurs créances s'élevant à 65.000 francs. Plus tard, un immeuble, apporté en société par le mari antérieurement aux subrogations consenties et alors que la dame X... n'était créancière que de sa dot s'élevant à 20.000 francs, fut vendu à la suite de la dissolution de la société et un ordre ouvert pour la distribution du prix ; cet immeuble était grevé de l'hypothèque légale en tant que celle-ci garantissait le recouvrement de la dot, la dame X... produi-

(7) D. 67-1-465 (note BEUDANT).

sit à l'ordre pour le montant de sa dot. Les liquidateurs de la société combattirent cette production, ils soutinrent que les sommes reçues, dans les ordres précédemment ouverts, soit par la dame X..., soit par ses subrogés devaient être imputées sur le montant de la dot de cette dame et que celle-ci n'était donc plus créancière que des reprises nées des engagements solidaires pris avec le mari postérieurement à l'apport en société et que, par conséquent, l'hypothèque légale les garantissant ne pouvait grever l'immeuble social. A cette thèse, la dame X... répondait en soutenant que les subrogations consenties à des créanciers de son mari avaient laissé intact son droit de créance, que son rang hypothécaire seul avait été transmis. La collocation d'un subrogé au rang de l'hypothèque légale laisse-t-elle intacte la créance de la subrogeante ou bien celle-ci doit-elle être considérée comme ayant elle-même reçu collocation ? Telle était la question qui se posait à la Chambre des Requêtes. Par son arrêt, elle décida que la collocation obtenue par un créancier, en sa qualité de subrogé à l'hypothèque, éteignait tout à la fois la créance de la subrogeante et l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire. L'hypothèque ne saurait exister indépendamment de la créance qu'elle a été appelée originellement à garantir et l'exercice de cette hypothèque soit par le créancier hypothécaire soit par son subrogé, éteindra, jusqu'à concurrence de la collocation obtenue, le droit de créance que, dès sa naissance, l'hypothèque a garanti. Telle est, en réalité, la doctrine que la Chambre des Requêtes a voulu adopter dans son arrêt ; on ne saurait y voir une confirmation de la théorie de BERTAULD.

La doctrine est aujourd'hui unanime à rejeter l'opinion de BERTAULD (8). Si on envisageait la subrogation à l'hypo-

(8) AUBRY et RAU, — Op. cit., § 288, note 11, III, p. 747. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1054. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 13. — BENECH, op. cit., p. 7 et 8.

thèque comme une cession de créance, l'absence de cause vicierait cette convention (art. 1131 C. Civ.) : le subrogeant ne stipule pas de prix, il ne manifeste pas l'intention de faire une donation.

Dans le cas des subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, BERTAULD impose à tort au subrogé d'avoir à signifier la subrogation au débiteur du subrogeant ; s'il s'agissait d'une véritable cession de créance, cette signification aurait été nécessaire pour que le bénéficiaire soit saisi à l'égard des tiers, mais dans le cas de subrogation, ce résultat sera obtenu par le subrogé qui se conforme à l'une des mesures de publicité prévue par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. Ce texte n'a pas pour unique effet de déterminer le rang auquel les différents subrogés pourront se prévaloir de l'hypothèque légale de la femme mariée, mais aussi de les saisir, à l'égard des tiers, de la convention dont ils bénéficient : toute signification qui ne saurait avoir que la même conséquence, est alors inutile et l'article 9 de la loi de 1855 ne s'expliquerait pas si la subrogation à l'hypothèque n'était pas un contrat totalement différent de la cession de créance.

Pour BENECH, la subrogation porte également sur la créance hypothécaire et le bénéfice de l'hypothèque est transmis au subrogé accessoirement à celui de la créance, mais il ne s'agit point d'une cession-transport même éventuelle mais d'un nantissement de la créance hypothécaire. Cet auteur ne cherche pas d'ailleurs à déterminer la nature juridique du contrat qui existe pratiquement sous le nom de subrogation à l'hypothèque. Après avoir montré qu'on ne saurait y voir ni une cession de créance, ni une subrogation proprement dite (9), ni une constitution implicite

(1) Nous ne parlerons pas de l'opinion qui voudrait voir dans la subrogation à l'hypothèque une application des articles 1249 et suiv. du Code Civil. Ces articles sont étrangers à la matière qui nous occupe, ils réglementent la subrogation dans les droits du créancier désintéressé

de gage, ni enfin une cession d'hypothèque (10). BENECH indique un système susceptible de réaliser les effets recherchés par la pratique, et ceci, en recourant au nantissement de créance prévu et réglementé par le Code Napoléon (art. 2075 et 2076) (11). Si le transfert de la propriété de la créance n'est pas réalisé par la convention de subrogation à l'hypothèque, la tradition matérielle le serait par la remise du titre, l'indisponibilité absolue de la créance en serait une conséquence indiscutable. Seules sont susceptibles de nantissement les créances déjà nées, or nous avons vu que le subrogé à l'hypothèque légale de la femme mariée pouvait se prévaloir de toutes les reprises de la subrogeante, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la subrogation dont il a bénéficié.

Les formalités prescrites par le Code Civil pour le nantissement des créances ne sont pas toujours possibles lorsqu'il s'agit des créances de la femme mariée contre son mari : ces créances étant indéterminées jusqu'à la dissolution du mariage ou à la liquidation de la communauté. La fixation définitive des reprises de la femme, durant le mariage, qui serait une des conséquences des doctrines voulant voir dans la créance hypothécaire l'objet même de la subrogation à l'hypothèque, aurait comme résultat de paralyser le fonctionnement normal des régimes matrimoniaux. Que deviendrait alors la règle de la communauté d'après laquelle chacun des époux n'est débiteur ou créancier que du solde des récompenses dues à ou par la communauté ?

Devant ces objections et la contradiction des effets que l'on devrait reconnaître, sous l'empire de ces théories, à la subrogation à l'hypothèque avec ceux que la doctrine

par une tierce personne, cette subrogation est toujours la conséquence d'un paiement désintéressant le subrogeant.

(10) BENECH. — Op. cit., p. 9 à 72.

(11) BENECH. — Op. cit., 78 à 114.

et la jurisprudence reconnaissent plus généralement aux conventions translatives sur l'hypothèque légale de la femme mariée, nous conviendrons qu'un créancier hypothécaire peut transmettre à un tiers le droit d'exercer son hypothèque sans, pour cela, avoir besoin d'engager sa créance soit par une cession, soit par un nantissement. L'objet de la subrogation est le droit d'hypothèque et non la créance dont ce droit est l'accessoire (12).

(12) Req. 31 janv. 1883, D. 83-1-316, S. 84-1-221; Caen, 11 mars 1854, S. 55-2-69. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, op. cit., XIII, n° 1303. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288, III, p. 743. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 906. — GUILLOUARD, op. cit., IV, n° 1697. — BEUDANT, op. cit., II, n° 862. — BEUDANT, *Revue Critique*, 1886, pp. 56 et 210.

CHAPITRE II

LA SUBROGATION NE PORTE PAS SUR LE DROIT D'HYPOTHEQUE SEPARÉ DE LA CRÉANCE GARANTIE

GAUTHIER réduit la subrogation à l'hypothèque à une renonciation au droit d'hypothèque en faveur d'un créancier déterminé ou à une cession d'antériorité, c'est-à-dire à une intervention de rang entre deux créanciers hypothécaires du même débiteur (1). La subrogation ne pourrait donc intervenir qu'au profit des créanciers hypothécaires du mari et ceux-ci ne pourraient s'en prévaloir que sur les immeubles qui ont été spécialement affectés à la garantie de leurs créances.

Si la cession d'antériorité est une subrogation à l'hypothèque limitée au droit de préférence, on ne saurait prétendre que toute subrogation doit être ainsi réduite. Nous avons vu, en étudiant les effets de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, que ce n'était pas seulement son rang que la femme entendait transmettre et que le tiers voulait acquérir, mais que c'était bien l'hypothèque qui était l'objet de la stipulation. Ce n'était pas seulement une promesse d'abstention ou une simple cession d'antériorité qui était faite, mais la femme, en subrogeant, trans-

(1) GAUTHIER. — Op. cit., 577. Dissertation, S. 55-1-193.

mettait au tiers le bénéfice de son hypothèque légale avec tous ses attributs, avec le droit de suite aussi bien qu'avec le droit de préférence. Sauf convention contraire, le bénéfice de la subrogation n'était pas limité aux seuls immeubles sur lesquels le subrogé avait lui-même une hypothèque conventionnelle, mais il s'étendait à tous les immeubles grevés de l'hypothèque de la subrogeante. Les effets que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent à la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, sont beaucoup plus étendus et ne sauraient être le résultat d'une simple cession d'antériorité ou d'une renonciation au droit d'hypothèque.

S'agirait-il d'un transfert de l'hypothèque indépendamment de la créance qu'elle garantit ?

Avant de nous demander si la subrogation réalise le transport de l'hypothèque des mains du subrogeant entre celles du subrogé, il importe de savoir si l'on peut détacher l'hypothèque de la créance en garantie de laquelle elle a pris naissance pour l'adjoindre ou l'incorporer comme accessoire à une autre créance. Certains auteurs l'ont soutenu (2). Le créancier hypothécaire peut parfaitement céder à un tiers sa créance, soit en totalité, soit en partie, il transmettra ainsi la créance et l'hypothèque qui en garantit le recouvrement. Pourquoi la cession ne pourrait-elle pas porter sur le droit d'hypothèque pris isolément de la créance ? « Qui peut le plus, peut le moins », disent

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II II, n° 905. — THEZARD, op. cit., n° 35. — L. et A. MERIGNAC, op. cit., n° 14. — BEUDANT, *Revue Critique*, 1866, p. 30 et 210. — PONT, op. cit., I, n°s 334 et 459. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 75 bis. VI à X. — VALETTE, Des privilèges et hypothèques, p. 210 et suiv. — CHAMPIONNIERE et RIGAUD, Des droits d'enregistrement, II, n° 1135. — TROPLONG, De la transcription n° 323 et suiv. — RIVIERE et HUGUET. — Questions sur la transcription, n° 382 et suiv. — VERDIER, op. cit., II, n° 717 et suiv. — Voir en ce sens : Bourges, 29 juillet 1832, D. Rep. v° Priv. et hyp., n° 950, S. 33-2-626; Caen, 11 mars 1854, D. 55-5-446, S. 55-2-69; Req. 31 janv. 1883 (motifs), D. 83-1-316, S. 84-1-321.

ces auteurs. L'hypothèque a une existence propre, un droit de créance peut naître sans garantie hypothécaire, un créancier peut renoncer à exercer sa garantie, à l'encontre de son débiteur, sans perdre pour cela son droit de créance. Le droit d'hypothèque est un droit pécuniaire qui, après la purge ou l'adjudication, sera transporté sur le prix de l'immeuble hypothéqué, pourquoi, comme tout droit pécuniaire, ne pourrait-il pas faire l'objet d'une cession ? Le Code Civil n'interdit pas la cession de l'hypothèque, il l'autorise même au cas de novation de créance (art. 1278 C. Civ.). La loi du 23 mars 1855 permet à la femme mariée de « céder son hypothèque légale » et la loi du 13 février 1889 parle des « cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme » ; si la femme mariée peut céder son hypothèque légale sans transmettre en même temps sa créance hypothécaire contre son mari, ne doit-il pas en être de même pour tout autre créancier hypothécaire ?

Malgré l'importance qu'attachent certains auteurs à ces arguments, nous ne partageons pas leur opinion et avec une grande partie de la doctrine, nous croyons au contraire que la relation qui unit l'hypothèque à la créance pour sûreté de laquelle elle a été établie, est tellement intime qu'il est juridiquement impossible de l'en détacher pour l'adjoindre à une autre créance, d'en faire l'objet d'une véritable cession séparée ou indépendante de la transmission de la créance elle-même (3).

Nous ne croyons pas que l'hypothèque puisse avoir une existence propre. Si on admettait qu'elle pût être trans-

(3) AUBRY et RAU, op. cit., § 288, texte et note 2, III, p. 741. — PRÜDHON, op. cit., n° 2236. — MOURLON, Des subrogations, n° 585; GAUTHIER, op. cit., n° 562 et suiv. — BENECH, op. cit., n° 18 et suiv. — LAROMBIÈRE, Des obligations, III, p. 226, 235 et 239. — BERTAULD, op. cit., n° II et suiv. — LAURENT, op. cit., XXXI, 324 et 325. — MOURLON, De la Transcription, II, 926. — SEVIN, Etude sur les privilèges et hypothèques. Des cessions et subrogations de l'hypothèque légale de la femme. *Revue Critique*, 1862, p. 535 et suiv. — Voir en ce sens: Req, 25 janv. 1853, D. 53-1-12, S. 53-1-423.

mise séparément de la créance, il faudrait prétendre qu'un débiteur, qui a constitué une hypothèque sur un de ses immeubles, serait contraint à la fois personnellement et réellement au paiement de sa dette. Il pourrait donc être obligé d'acquitter deux fois la même dette par des poursuites personnelles et réelles. Ce résultat a été, peut-être, entrevu par les auteurs qui tiennent comme possible la cession séparée de l'hypothèque ; aussi déclarent-ils qu'il n'est pas certain qu'il s'agisse d'une véritable transmission (4), que l'hypothèque n'est détachée qu' « en quelque sorte » de la créance dont elle était l'accessoire (5). Ainsi la séparation ne serait pas réelle mais fictive ; or, nulle loi ne consacre cette fiction qui ne saurait, par conséquent, être admise.

A notre avis, l'hypothèque ne peut pas être séparée de la créance, elle reste l'accessoire de celle pour sûreté de laquelle elle est née. Non seulement le subrogé ne pourra l'exercer qu'à l'époque et dans la mesure où le subrogeant aurait pu lui-même s'en prévaloir, non seulement l'extinction de la créance du subrogeant par confusion ou compensation aura toujours comme conséquence l'extinction de l'hypothèque, mais encore l'exercice que fera le subrogé de l'hypothèque, objet de la convention, aura le même résultat que si le subrogeant l'avait exercée lui-même : la créance du subrogeant sera éteinte jusqu'à concurrence de la collocation obtenue par le subrogé. Nous ne saurions trop insister sur cet effet de l'obtention par le subrogé d'une collocation à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble hypothéqué au subrogeant ; nous le considérons d'une importance capitale pour nous aider à déterminer la véritable nature juridique de la subrogation à l'hypothèque.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, II, n° 905.

(5) VALETTE. — *Op. cit.*, p. 210 et suiv

Reprenons comme exemple le cas de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

La doctrine et la jurisprudence admettent en principe que, quand le subrogé exerce l'hypothèque légale, la femme doit se trouver dans la même situation que si elle l'avait exercée elle-même (6). En aucun cas et sans distinction possible, on ne saurait prétendre que l'exercice de l'hypothèque légale par le subrogé a laissé intactes les reprises de la femme (7). Sans doute, si celui-ci est créancier du mari, le montant des créances de la subrogeante n'aura pas varié, car si ses reprises ont été diminuées d'une somme égale à la collocation obtenue par le subrogé, elles ont été accrues d'une nouvelle créance de la femme contre son mari. Cette nouvelle créance résulte du fait que le subrogé, créancier du mari, a été désintéressé grâce aux deniers qu'aurait dû toucher la femme, celle-ci est censée avoir payé la dette de son mari. Supposons qu'un subrogé à l'hypothèque légale, créancier du mari, se prévaille de cette hypothèque en tant qu'elle garantit le recouvrement de la dot de la subrogeante, le rang de l'hypothèque ainsi exercée est fixé, par l'article 2135 C. Civ. 2°, au jour du mariage. Faudra-t-il, malgré la collocation obtenue, dire que la femme reste créancière de sa dot mais que ne pouvant primer deux fois, pour la même créance, les créanciers hypothécaires du mari postérieurs au mariage mais antérieurs à la subrogation, sa créance dotale n'est garantie par l'hypothèque légale ne prenant rang que du jour de la subrogation (8). Ce serait, à notre avis, une erreur, car les parties ne peuvent déroger aux prescriptions impératives de l'article 2135 du Code Civil qui fixe, en rapport avec la date à

(6) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1405. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1131.

(7) Contra: PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1407. — AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis 5°, III, p. 783-784. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1134.

(8) BEUDANT. — Note D. 67-1-465.

laquelle sont nées les créances de la femme, le rang de l'hypothèque légale devant en garantir le recouvrement. Il faut dire que la femme n'est plus créancière de sa dot, mais qu'elle est devenue créancière d'une somme égale à la collocation obtenue par le subrogé, le recouvrement de cette nouvelle créance est garanti par l'hypothèque légale, mais celle-ci, toujours en conformité avec l'article 2135 du Code Civil ne prend rang qu'à compter du jour de la subrogation.

Il peut arriver que, malgré la collocation obtenue par le subrogé, créancier du mari, il n'en résulte aucun nouveau droit de créance pour la femme. Ce cas se produira lorsque le subrogé se prévaudra de l'hypothèque légale en tant qu'elle garantit l'indemnité que l'article 2032 du Code Civil reconnaît, en certains cas, à la caution antérieurement à tout paiement effectué par celle-ci (9). La femme ne saurait alors avoir un recours contre son mari, le subrogé a, à son lieu et place, réclamé et obtenu l'indemnité qui lui était due en raison de son obligation.

Nous avons établi, nous semble-t-il, que la cession de l'hypothèque séparée de la créance est impossible, que l'hypothèque n'est pas un droit distinct mais une qualité de la créance garantie, comme une servitude est une qualité du fonds grevé.

Les arguments invoqués par les auteurs qui ne partagent point notre opinion, ne sauraient nous convaincre. L'article 1278 C. Civ. vise un cas qui n'a rien de commun avec la subrogation : la survivance de l'hypothèque à la créance garantie. Cette survivance se justifie parce qu'il s'agit ici de novation de créance, c'est-à-dire de substitution d'un droit de créance à un autre qui s'éteint ; il est normal, sans qu'il puisse en résulter aucun préjudice pour le débiteur,

(9) *Supra*, pp. 83-84.

que ce nouveau droit soit entouré des mêmes sûretés que celui auquel il est substitué.

Les lois de 1855 et de 1889 n'ont pas tenté de fixer la nature juridique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Le but du législateur a été d'en prescrire les formalités et de régler le concours entre divers subrogés, il a, pour cela, employé les termes admis par la pratique qui utilise indifféremment : cessions, subrogations et renonciations. En parlant de cession d'hypothèque, le législateur a, peut-être, précisé qu'il s'agit d'une convention ayant pour l'objet l'hypothèque légale (10), il n'a pas pu vouloir dire qu'il s'agissait d'une véritable cession, incompatible avec la nature même de l'hypothèque.

On ne résoudrait pas davantage les difficultés de la question que nous étudions, en voyant dans la subrogation une délégation éventuelle du droit d'hypothèque qui résulterait de la promesse par laquelle le subrogeant s'oblige conditionnellement, en ce sens qu'il s'engage à payer la créance du subrogé ou, au moins, à abandonner à titre de paiement l'exercice de son droit hypothécaire, si, à l'échéance, le subrogé n'est pas désintéressé (11). Toute délégation implique l'existence d'une dette que le délégant charge le délégué d'acquitter pour lui ; or, la subrogation peut être consentie sans que le subrogeant soit obligé personnellement. Une condition essentielle de la délégation fait défaut ; de plus le caractère de transfert y prédomine et nous avons vu qu'aucun transport ne peut résulter de la subrogation (12).

L'intention des parties n'est d'ailleurs nullement d'investir le subrogé de la propriété soit de la créance du subro-

(10- Les termes « créance hypothécaire » qui figuraient dans le projet ont été remplacés dans le texte définitif par celui « d'hypothèque ».

(11) PONT. — Op. cit., I, 472.

(12) AUBRY et RAU, op. cit., § 288 bis, note 11, III, p. 747. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1055.

geant, soit de l'hypothèque qui en garantit le recouvrement, mais de l'autoriser à exercer, dans la mesure de sa propre créance, les droits hypothécaires que le subrogeant pouvait lui-même faire valoir (13). Ce qu'ont donc voulu réaliser les parties par la subrogation à l'hypothèque est une convention de garantie qui ne saurait cependant être un nantissement du droit d'hypothèque. Tout nantissement qu'il porte sur un bien corporel ou incorporel, mobilier ou immobilier, est subordonné à la mise en possession du créancier nanti ou d'un tiers convenu entre parties (art. 2076 et 2085 C. Civ.). Il nécessiterait le transfert du droit d'hypothèque entre les mains du subrogé, celui-ci est irréalisable, l'hypothèque ne pouvant avoir une existence propre et indépendante de la créance originellement garantie. Si la subrogation n'est pas un nantissement, elle est cependant une convention de garantie qui a pour objet l'hypothèque du subrogeant.

(13) AUBRY et RAU. — Op. cit., § 288 bis, III, p. 746. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 1056. — THEZARD, op. cit., n° 104-105. Voir en ce sens : Caen, 11 mars 1854 (motifs), D. 55-5-446, S. 55-2-69. — Cpr MOURLON. Subrogation, p. 593 et Transcription, II, nos 904-911. — BENECH, op. cit., p. 13.

CHAPITRE III

LA SUBROGATION RESURRECTION CONVENTIONNELLE DE L'HYPOTHEQUE SUR UNE HYPOTHEQUE

On pourrait dire avec raison que la subrogation est une cession éventuelle, jusqu'à concurrence de la créance du subrogé, de la collocation que le subrogeant est susceptible d'obtenir par l'exercice de son hypothèque. C'est une cession, à titre de garantie, de l'émolument de l'hypothèque du subrogeant, subordonnée à la condition que le subrogé ne sera pas désintéressé lorsque l'exercice de l'hypothèque sera devenu possible.

La collocation obtenue par le créancier hypothécaire tout en représentant le montant de la créance, peut être considérée comme le prix du droit hypothécaire. Bien que l'hypothèque ne constitue qu'une qualité de la créance, c'est cette qualité qui fait la valeur de la créance, qui en permet le recouvrement en assurant au créancier un rang de collocation utile. Mais qu'est-ce à dire que la subrogation est la cession éventuelle, à titre de garantie, du prix du droit d'hypothèque, sinon que la subrogation est en réalité la constitution d'une hypothèque au profit du subrogé sur l'hypothèque du subrogeant. Qu'est-ce, en effet, que la

convention par laquelle un débiteur cède éventuellement à son créancier, en garantie du paiement de sa dette, le prix d'un de ses immeubles dont il conserve cependant la propriété, si ce n'est la constitution d'une hypothèque sur cet immeuble.

Toutes les conventions de garantie réelle ont en fait pour objet le prix du bien donné en gage. Le créancier nanti, impayé à l'échéance, fera vendre le bien, objet de sa sûreté, et obtiendra le recouvrement de sa créance sur le prix ainsi obtenu. Ce principe s'applique tout aussi bien au gage qu'au nantissement des créances, à l'antichrèse, à l'hypothèque et au privilège. Comment le subrogé va-t-il poursuivre la vente du droit d'hypothèque du subrogeant ? Ce droit ne vaut que ce que vaut la créance dont il est l'accessoire : son prix, représenté par l'émolument obtenu à l'ordre, est subordonné au montant de la créance garantie. Le subrogé ne peut cependant pas poursuivre la vente de la créance qui n'est pas l'objet de sa sûreté. Il ne pourra fixer la valeur du droit d'hypothèque que par l'exercice de celui-ci. Telle est la raison pour laquelle, par la subrogation, le subrogeant donne au subrogé le droit d'exercer, à son lieu et place, l'hypothèque, objet de la stipulation. C'est la meilleure méthode pour déterminer la valeur de l'hypothèque, comme la vente aux enchères publiques par justice est considérée par le législateur comme étant susceptible de fixer, au plus juste, la valeur réelle soit de l'immeuble grevé d'hypothèque ou d'antichrèse, soit du meuble ou du droit de créance donné en gage.

Le résultat logique de cette conception serait que toute subrogation devrait, comme toute hypothèque conventionnelle, être consentie par acte authentique et subordonnée, au point de vue de son efficacité vis-à-vis des tiers, à la publicité (2). Or, les subrogations, à l'exception de celles

(2) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1303. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., II, n° 947, p. 55.

consenties par la femme mariée à son hypothèque légale, ne sont soumises ni au principe de publicité, ni à la forme authentique. Nous avons rejeté l'opinion qui veut voir dans la subrogation à l'hypothèque un nantissement en nous appuyant sur le fait que les formalités, imposées par la loi à cette convention, n'étaient pas requises pour la subrogation ; on ne saurait se servir du même argument pour repousser la théorie qui voit dans la subrogation la constitution d'hypothèque sur une hypothèque préexistante. Le nantissement de biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, est, en effet, possible ; il est certain, par contre, que sous l'empire de notre Code Civil, l'hypothèque n'est pas susceptible d'hypothèque (3). La subrogation est une institution née de la pratique, celle-ci ne pouvait pas imposer pour elle les conditions requises pour la validité et l'efficacité de l'hypothèque conventionnelle, sans soutenir qu'il s'agissait d'une constitution d'hypothèque. L'initiative, prise par les praticiens en permettant au créancier hypothécaire de subroger à son hypothèque, aurait été vouée à un échec certain, si on avait dit que cette prétendue subrogation n'était, en fait, qu'une constitution de sous-hypothèque. Les Tribunaux, qui doivent veiller à l'application de la loi, n'auraient jamais pu consentir à une violation aussi formelle de l'article 2118 du Code Civil.

La loi du 23 mars 1855 sur les subrogations, cessions, renonciations à l'hypothèque légale de la femme mariée, justifie involontairement d'ailleurs, notre théorie en impo-

(3) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XII, n° 366. — AUBRY et RAU, op. cit., § 259, III, p. 204. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. II, n° 945 à 947. — THEZARD, op. cit., n° 41. — PONT, op. cit. I, 394. — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, op. cit., IX, 78 bis, VIII. — LAURENT, op. cit. xxx, n° 218. — VALETTE, op. cit., p. 206 et suiv. — GRENIER. Traité des hypothèques I.157. — TROPLONG, op. cit., n° 407. — Voir en ce sens, Paris, 10 août 1809, S. 13-2-198.

saut à ces conventions les mêmes conditions de forme et de publicité qu'aux hypothèques conventionnelles.

Il faut que la subrogation soit bien une constitution d'une sous-hypothèque pour pouvoir justifier les effets que lui reconnaissent la doctrine et la jurisprudence. L'hypothèque est, en effet, la seule sûreté réelle qu'un débiteur puisse accorder à son créancier sans se dessaisir du bien, objet de la garantie. Le caractère essentiel de l'hypothèque est d'être l'accessoire de la créance garantie ; on comprend fort bien que, par répercussion de l'accessoire sur le principal, l'indisponibilité de l'hypothèque entre les mains du subrogeant ait comme conséquence de provoquer une certaine indisponibilité de la créance, sans toutefois avoir les mêmes effets qu'un engagement de cette créance elle-même.

En reconnaissant la validité des subrogations à l'hypothèque, le législateur a donc autorisé la constitution d'une hypothèque sur une hypothèque et a ainsi établi une dérogation au principe posé par l'article 2118 du Code Civil, à cette exception sont venues s'ajouter celles réalisées par les lois qui ont permis la constitution d'hypothèques sur des biens meubles (*supra* p. 8 et 9).

Ainsi intervient, pour la subrogation à l'hypothèque, la même explication que donnait POTHIER pour justifier la jurisprudence du Parlement de Paris qui voulait assurer aux créanciers hypothécaires une collocation en sous-ordre par rang d'hypothèque. Cette résurrection, par voie conventionnelle, du sous-ordre de notre Ancien Droit est pour nous certaine, bien que les collocations des subrogés ne soient pas des collocations en sous-ordre, puisque le subrogeant n'est pas lui-même colloqué ; en fait cependant les droits des subrogés seront limités et viendront réduire ceux du subrogeant et si celui-ci n'est pas colloqué à l'ordre, sa collocation doit être déterminée pour fixer celles auxquelles ont droit les subrogés. Si les subrogés sont, en outre,

admis à venir à l'ordre faire valoir non plus seulement les droits du subrogeant mais leurs droits personnels, c'est que le sous-ordre de l'art 775 C. P. C., diffère profondément de ce qu'il était dans notre Ancien Droit, qu'il n'est plus un ordre accessoire ouvert sur une collocation considérée comme le prix de l'hypothèque du débiteur, mais une véritable procédure de distribution par contribution.

On ne saurait objecter que cette conception de la subrogation à l'hypothèque est condamnée par l'article 775 du Code de Procédure Civile. Ce texte prohibe la collocation en sous-ordre par rang d'hypothèque des créanciers inscrits ou opposants, mais il y a entre le sous-ordre que pratiquait notre ancienne jurisprudence, qu'interdit l'art. 775 C. P. C. et la collocation des créanciers subrogés à l'hypothèque de leur débiteur, cette différence qu'aujourd'hui le droit de se faire colloquer par préférence sur l'émolument des créances hypothécaires d'un débiteur n'appartient plus légalement à tous ses créanciers hypothécaires mais seulement à ceux qui tiennent ce droit de sa volonté expresse. La pratique des subrogations n'apporte donc au principe de notre droit moderne, d'après lequel une hypothèque n'est pas susceptible d'hypothèque, qu'une atteinte limitée (4).

(4) PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — Op. cit., XIII, n° 1303. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., n° 947, p. 54-55. — GARSONNET et CEZAR-BRU, op. cit. V, n° 688.

CONCLUSION

En déterminant la nature juridique de la subrogation à l'hypothèque, en précisant les effets de chacune des conventions dont l'hypothèque était susceptible, nous avons pensé faire œuvre utile en permettant à la pratique de mieux dénommer la stipulation que font les parties.

Nous ne croyons pas cependant que la subrogation à l'hypothèque soit appelée à être généralisée et nous formons même des vœux pour que l'intervention du législateur la rende inutile dans les cas où elle est aujourd'hui employée.

Les subrogations à l'hypothèque ne sont employées pratiquement en droit français que lorsqu'elles ont pour objet l'hypothèque légale de la femme mariée. En droit étranger, ces conventions ne sont utilisées ni en Allemagne, ni en Suisse, ni en Angleterre : l'hypothèque légale de la femme mariée n'y existe pas. La pratique des subrogations à l'hypothèque est particulière au droit français. En Italie, si une hypothèque légale est accordée à la femme mariée, elle est, comme en Alsace-Lorraine (Loi du 1^{er} juin 1924), soumise au triple principe de publicité, de spécialité quant à l'inscription et de non-rétroactivité. Les tiers qui désirent contracter avec le mari, possèdent donc tous les rensei-

gnements nécessaires pour juger du crédit qu'ils peuvent lui accorder ; les subrogations à l'hypothèque légale paraissent donc inutiles, d'autant plus que la femme ne pourra requérir inscription que pour une créance déterminée susceptible, dès lors, de cession ou de nantissement. En fait, il résulte d'une enquête personnelle que nous avons pu mener auprès des notaires de Strasbourg et de Colmar, qu'en Alsace et Lorraine, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, quoique possible sous les mêmes conditions qu'en Droit Français, est à peu près inconnue. Le plus souvent même, la femme, par une disposition expresse du contrat de mariage, dispense le notaire rédacteur de prendre inscription pour la conservation de sa dot et de ses avantages matrimoniaux. Il est donc certain que si le législateur soumettait, ainsi que de nombreux auteurs le désirent, l'hypothèque légale de la femme mariée à la spécialité et à la publicité (1), il assurerait ainsi la protection des tiers et rendrait inutile la pratique des subrogations qui sacrifie les intérêts de la femme aux nécessités du crédit. Du jour, en effet, où l'hypothèque légale ne serait plus générale et clandestine, on peut être certain que les subrogations à l'hypothèque, devenues inutiles, ne seraient plus usitées.

Ce n'est point la seule réforme que devrait envisager le législateur. La pratique des subrogations à l'hypothèque, a eu l'heureux résultat d'associer en fait la femme à tous les actes de disposition et d'affectation hypothécaires portant sur les immeubles du mari ou de la communauté. La suppression pure et simple de l'hypothèque légale, telle qu'elle existe actuellement, aurait pour conséquence immédiate d'accroître encore la prépondérance du mari dans la gestion des intérêts pécuniaires du ménage et heurterait nos idées modernes sur l'égalité des sexes. La substitution

(1) COLIN et CAPITANT. — Op. cit., II, p. 920.

à l'hypothèque légale de garanties plus souples, moins dangereuses pour le crédit et, par là-même, plus efficaces, n'est concevable qu'une fois réalisée par voie législative la réforme de notre loi matrimoniale en la basant non plus sur l'incapacité de la femme et la puissance du mari mais sur une étroite collaboration des deux époux (2).

(2) PLANIOL, RIPERT et NAST. — Op. cit., VIII, n^{os} 540 et 547. — PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ, III, n^o 469. — A. COLIN et CAPITANT, II, p. 920.

BIBLIOGRAPHIE

DROIT ROMAIN

- GIDE (P.). — Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain, 1879.
- GIRARD. — Manuel élémentaire de Droit Romain, 8^e édit. *Revue et mise à jour*, par Félix Senn, 1929.
- HERZEN (N.). — Origine de l'hypothèque romaine. Contribution à l'étude du Droit Romain avec les autres droits de l'antiquité 1899.
- HERZEN (N.). — La date des actions hypothécaires romaines dans *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger* 1898 et 1899.
- JOURDAN (A.). — Etudes de droit romain. L'Hypothèque, 1876.
- SCHILLING (Fred. Ad.). — Traité succinct du droit de gage et d'hypothèque chez les Romains. *Traduction de C. A. Pellat*, 1840.
- VAN WETTER (P.). — Cours élémentaire de Droit romain, 2 vol. 1871-1872, tome I.

ANCIEN DROIT

- BASNAGE (H.). — Traité des hypothèques. Œuvres, t. II, 4^e édit., publiée par Lallemant avec des notes par La Quesnière, 1778.
- BOURJON (F.). — Le Droit commun de la France et de la coutume de Paris, 2 vol., 1770, t. II.
- BRILLON. — Dictionnaire des arrêts, nouvelle édition, 6 vol. 1727.
- DENIZART (J. B.). — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence, 8^e édit., 4 vol., 1773, t. IV.
- DUVERGNIER. — Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Avis du Conseil d'Etat, 2^e édit., 59 vol. 1788-1859, t. VIII.
- FERRIERE (Claude de). — Corps et compilations de tous les commentaires sur la coutume de Paris, 2^e édit., 4 vol. 1714, t. II et IV.

- GOUGET. — La Réformation de l'ordre des décrets, 1608.
- GUESSIERE (Farnet de la). — Journal des principales audiences du Parlement, 1692.
- GUYOT. — Répertoire de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale. 17 vol. 1784-1785, t. III.
- HERICOERT (de). — Traité de la vente des immeubles par décret. Nouv. édit. 1752, 2 vol.
- ISAMBERT (Ch.), DECROUZY et TAILLANDIER. — Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution, 29 vol. 1821-1833, t. XII.
- POTHIER. — Œuvres. Nouvelle édition Dabo. 1825, en 18 vol.
— Tome VIII. Traité de la communauté.
Tome XII. Traité des Cens, de la Garde-Noble, de l'Hypothèque, des substitutions et des successions.
— Tome XIV. Traité de Procédure Civile et Criminelle.
— Tome XV, XVI et XVII. Traité de la coutume d'Orléans, voir sp., t. XVII.
- REMISSON. — Œuvres. Nouvelle édition revue et augmentée d'observations, par M. J. A. Serieux, 1780.
- ROUSSEAU DE LA COMBE (du). — Recueil de Jurisprudence du pays de droit écrit et coutumier, 4^e édit., 1762.
- THIBAUT. — Traité des criées, vente des immeubles et des offices par décret, 2^e édit., 2 vol. 1759-1760, 2 vol., t. I.

DROIT CIVIL ET PROCEDURE CIVILE

I. — OUVRAGES GENERAUX.

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e édit., 12 vol. 1897-1922, revue par Bartin à partir du tome VI, t. III.
- BAUDRY-LACANTINIERE. — Précis de droit civil, 13^e édit., 1922.
- BAUDRY-LACANTINIERE et DE LOYNES. — Traité théorique et pratique de Droit civil: Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, 3 vol., 3^e édit., 1906, T. II.
— Supplément par Julien BONNECASE, 6 vol. (1924-1935), T. V et VI.
- BEUDANT (Ch.). — Cours de droit civil français, publié par son fils Robert BEUDANT: « Les sûretés personnelles et réelles », 2 vol. 1900-1902, t. II.
- A. COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit Civil français, 3 vol., 6^e édit., 1922-1930, t. II.
- CUCHE. — Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution, 1913.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code Civil, 9 vol., 2^e édit., 1881-1895, t. IX.

- GARSONNET et CEZAR-BRU. — Traité théorique et pratique de procédure, 9 vol., 3^e édit., 1912-1925, T. V.
- GLASSON, TISSIER et MOREL. — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 4 vol., 3^e édit., 1925-1932. T. IV.
- GUILLOUARD. — Traité des privilèges et hypothèques, 4 vol., 1896-1899, t. IV.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code Civil, 15 vol., 1892-1903, t. XIII.
- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, vol., 1929-1930, t. II.
- LAROMBIERE. — Théorie et pratique des obligations, 7 vol., 1885, t. III.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 33 vol., 3^e édit., 1878, t. XXXI.
- Supplément par JANSSENS, Jean SERVAIS et Paul LECLERCQ, 1898.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil, 14 vol. (1925-1932).
- T. II. La famille avec le concours de M. ROUAST, 1926.
- T. VIII et IX. Régimes matrimoniaux avec le concours de M. NAST (1925-1927).
- T. XII et XIII. Séretés réelles avec le concours de M. Becqué (1927-1930).
- PONT (Paul). — Commentaire. Traité des privilèges et hypothèques, 3^e édit., 2 vol. 1883.
- THEZARD (L.). — Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée. 1880.
- VALETTE. — Traité des privilèges et des hypothèques 1876.

II. — OUVRAGES SPECIAUX.

- BENECH. — Le nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme sur les biens de son mari, 1855.
- BERTAULD. — Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, 2^e édit., 1864.
- CHAMPIONNIERE et RIGAUD. — Traité des droits d'enregistrement de timbre et d'hypothèque et des contraventions à la loi du 25 ventôse, an XI, 2 vol., 1839-1841.
- DALMBERT. — Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques, 2^e édit., 1 vol. 1891.
- GAUTHIER. — Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation. 1853.
- GRENIER. — Traité des hypothèques, 3^e édit., 2 vol. 1829, t. II.
- L. MERIGNAC et A. MERIGNAC. — Traité théorique et pratique des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée, 3^e édit., 1905.
- MOURLON. — Traité théorique et pratique des subrogations personnelles 1848.

- MOURLON. — Traité théorique et pratique de la transcription et des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855, en matière hypothécaire, 2 vol. 1862, t. II.
- OLLIVIER et MOURLON. — Commentaire de la loi portant modification des articles du code de procédure civile sur les saisies immobilières et sur les ordres, 1858.
- PROUDHON. — Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie, 5 vol. 1833, t. V.
- SELIGNAN. — Explication théorique et pratique de la loi du 21 mai 1858 sur les articles modifiés des saisies immobilières et sur la procédure d'ordre. Annoté par Paul PONT. 1860.
- VERDIER. — Transcription hypothécaire. Explication théorique et pratique de la loi du 23 mars 1855, 2^e édit., 2 vol. 1881.

III. — THESES DE DOCTORAT

- CEZAR-BRU (Ch.) — Commentaire de la loi du 13 février 1889. *Thèse de Toulouse* 1890.
- CROTAT. — De l'hypothèque de l'hypothèque et du sous-ordre. *Thèse Bourges* 1906.
- MOREAU. — Du sous-ordre. *Thèse Bordeaux* 1908.
- WABLE. — Traité des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur. *Thèse Lille* 1892.

IV. — ARTICLES DE REVUES ET NOTES JURISPRUDENTIELLES.

- AUDINET. — Note au Sirey, 1923-1-353.
- BECQUÉ. — Hypothèque légale: pension allouée à la femme en cas de divorce, nullité des renonciations et subrogations. *Revue critique* 1926.
- BEUDANT. — De la subrogation aux droits d'hypothèque et du sous-ordre. *Revue Critique* 1866.
- BEUDANT. — Note au Dalloz, 1867-1-465.
- BEUDANT. — Note au Dalloz 1869,-1-5.
- BLONDEL. — Note au Sirey, 1899-1-354.
- CARETTE. — Note au Sirey, 1849-1-465.
- CAPITANT. — Note au Dalloz, 1921-1-153.
- CEZAR-BRU. — Note au Dalloz, 1900-1-281.
- CEZAR-BRU. — Note au Dalloz, 1905-1-417.
- COIN-DELISLE. — Observations sur l'hypothèque légale et l'indemnité acquise en temps suspect. *Revue critique* 1853.
- ESCORBIAC. — Commentaire de la loi du 13 février 1889. *Lois Nouvelles*, 1890.
- GAUDEMET. — Personnes et droits de famille I et II. *Revue trimestrielle*, 1922.
- GAUTHIER. — Note au CSirey, 1855-1-193.

- LEMAITRE. — *Journal des Notaires*, 1928.
- LOYNES (De). — Note au Dalloz, 1894-2-529.
- LOYNES (De). — Note au Dalloz, 1895-1-105.
- LOYNES (De). — Note au Dalloz, 1896-1-113.
- LYON-CAEN. — Note au Sirey, 1899-2-225.
- MERIGNAC (A.). — Note au alloz, 1906-1-105.
- MOREAU. — La pension alimentaire et l'hypothèque légale. *Rec. Civ. Juris. classeur* 1922.
- NAST. — Hypothèque légale de la femme: pension alimentaire. *Rep. pratique du notariat*, 1930.
- PASSEMA. — Note au Sirey, 1893-2-105.
- SEVIN. — Etude sur les privilèges et hypothèques. Des cessions et subrogations de l'hypothèque légale de la femme. *Revue critique* 1862.
- TISSIER. — Subrogations à l'hypothèque légale sur des immeubles différents. *Revue critique* 1900.
- La loi du 13 février 1889 sur les renonciations à l'hypothèque légale de la femme au profit des tiers acquéreurs. *Revue critique* 1889.

30 1. 90, 20.

189, 13

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.	7
PREMIERE PARTIE	
Les précédents historiques de l'hypothèque sur une hypothèque...	13
CHAPITRE I. — Droit Romain.....	15
§ 1. — Du « pignus nominis ».....	16
§ 2. — Du « pignus pignoris ».....	19
CHAPITRE II. — Du sous-ordre dans notre Ancien Droit....	25
§ 1. — De l'opposition en sous-ordre.....	28
§ 2. — De l'instruction et du jugement du sous-ordre.	31
§ 3. — Distribution entre les opposants en sous-ordre.	34
§ 4. — Nature juridique du sous-ordre. Explication de Pothier.....	39
CHAPITRE III. — Disparition du sous-ordre dans notre légis- lation moderne.....	43
§ 1. — Le droit intermédiaire.....	43
§ 2. — Le Code de procédure civile.....	45
DEUXIEME PARTIE	
Les applications modernes de la subrogation à l'hypothèque....	53
CHAPITRE I. — La pratique des conventions sur l'hypo- thèque légale de la femme mariée.....	57
§ 1. — Historique.	57
§ 2. — Validité de ces conventions. Conditions de forme et de publicité.....	57
§ 3. — De la capacité requise chez la femme et des cas où elle ne peut pas subroger ni renoncer.	65

CHAPITRE II. — Détermination des effets des conventions sur l'hypothèque légale de la femme mariée.	73
§ 1. — De la subrogation.....	75
A. — De ses effets.....	75
a) La subrogation constitue une cession de l'émolument de l'hypothèque.....	75
b) La femme devient débitrice du subrogé. Situation de celui-ci.....	83
c) Collocation des subrogés.....	91
d) Cas particuliers. Subrogations limitées....	98
B. — Actes qui opèrent subrogation. De la subrogation tacite.....	101
§ 2. — De la cession d'antériorité.....	108
§ 3. — De la promesse d'abstention et de la renonciation extinctive.....	110

TROISIEME PARTIE

Recherche de la nature juridique de la subrogation à l'hypothèque.	127
CHAPITRE I. — La subrogation ne porte pas sur la créance elle-même garantie par l'hypothèque.....	123
CHAPITRE II. — La subrogation ne porte pas sur le droit d'hypothèque séparé de la créance garantie..	130
CHAPITRE III. — La subrogation, résurrection conventionnelle de l'hypothèque sur une hypothèque.....	138
CONCLUSION.	143
BIBLIOGRAPHIE.	147

Montpellier, le 13 décembre 1935. Montpellier, le 16 décembre 1935.

Vu,
Le Président de la thèse,
E. BECQUE.

Vu,
Le doyen,
G. MORIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER:

Montpellier, le 16 décembre 1935.

Le Recteur,
TAILLIART.

